Rechtslexikon.

Dreizehnter Band.

Vindication — Vormundschaftsrecht.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

K. k. Reg.-Rath, Prof. Dr. **Arndts** in Wien; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beck** in Leipzig; Adv. **Bopp** in Darmstadt; Reg.-Rath **Buddeus** in Leipzig; Adv. **Gans** in Celle; Geh. Justizrath, Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Geheim. Rath, Ordinarius 2c. Dr. **Günther** in Leipzig; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Heimbach** in Jena; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. **v. Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- und Staatsrath **v. Maurer** in München; Prof. Dr. **v. Michaelis** in Tübingen; Geheim. Rath, Prof. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Staatsrath Dr. **Otto** in Dorpat; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Cassel; Geheim. Obertribunalrath, Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyscher** in Stuttgart; Oberconsistorialrath, Prof. Dr. **Richter** in Berlin; Oberstaatsanwalt Dr. **Schwarze** in Dresden; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Geheim. Rath, Prof. Dr. **v. Wächter** in Leipzig; Statsrath, Prof. Dr. **Wilda** in Kiel; Geheim. Justizrath Prof. Dr. **Witte** in Halle; Oberjustizrath 2c. **v. Zirkler** in Tübingen, und Anderen;

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Professor in Leipzig.

Dreizehnter Band.

Vindication — Vormundschaftsrecht.

Leipzig, 1859.

Verlag von Otto Wigand.

Vindication. In der Lehre von der Vindication muß zwischen dem römischen und dem teutschen Rechte genau unterschieden werden. Hat gleich das erstere auch hier in der Wissenschaft das Uebergewicht erlangt und ist auch in dieser Lehre als alleinige Grundlage unseres heutigen gemeinen Rechtes bisher betrachtet worden, so verdient doch das teutsche Recht nicht weniger berücksichtigt zu werden, da sich erweislich noch viele Spuren desselben erhalten haben, ja dessen fortwährende Giltigkeit behauptet werden muß.

I. Römisches Recht.

A. Rechtsschutz des Eigenthums bei den Römern [1]).

1) Im allgemeinen. Der Gegensatz des römischen und des germanischen und modernen Systems besteht darin, daß die Römer den Schutz des Eigenthums in Gemäßheit der absoluten Natur desselben auf die Lehre vom Erwerbe des Eigenthums gegründet, die Germanen und nach ihrem Vorgange die modernen Völker aber nach dem Princip der Relativität geordnet haben. Die absolute Natur des Eigenthums zeigt sich darin, daß es durch einen bestimmten Act nach ein für allemal geltenden Regeln erworben wird und untergeht, daß es überall ganz erscheint oder wenigstens nur durch ebenfalls absolute Rechte beschränkt ist, daß es Allen gegenüber denselben Inhalt und dieselbe Kraft entwickelt und daß es ausschließlich ist. Duorum in solidum dominium esse non potest und: cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse [2]). Dies Alles verhält sich anders bei einer relativen Befugniß; sie kann

---

1) Vgl. besonders Delbrück, die dingliche Klage des teutschen Rechtes (Leipzig 1857) §. 1—4. Dieses Werk, welches sich zur Aufgabe stellt, die Fortdauer des germanischen Rechtes nach dem Zusammenstoße mit dem römischen Rechte in der Lehre vom Schutze des Eigenthums nachzuweisen und diese Aufgabe in sehr gründlicher Weise gelöst hat, mußte, obschon es Resultate liefert, welche von der bisherigen Doctrin ganz abweichen, für den gegenwärtigen Artikel vorzugsweise benutzt werden.

2) L. 5. §. 15. D. 13. 6. — L. 40. §. 2. D. 3. 3. Vgl. L. 15. und 30. §. 1. D. 44. 2.

mehreren Personen zugleich zustehen, Inhalt und Kraft richten sich nach dem Umfange des gegenüberstehenden Rechtes, sie ist durch das Verhältniß zum Gegner einem Mehr oder Minder unterworfen und kann nicht nach ein für allemal bestimmten Regeln entstehen und untergehen. Ist nun jemand Eigenthümer einer Sache, so kann er es nur dadurch sein, daß er dieses Eigenthum einmal erworben hat. Daher ist es die Lehre von dem Erwerbe des Eigenthums, auf welche die Römer alle ihre Kraft concentriren und welche sie mit dem ihnen eigenthümlichen Rechtssinne auf die schärfste, feinste und geistvollste Weise ausgebildet haben. Soviel innere logische Wahrheit und Consequenz diese Grundsätze haben, so sind sie doch praktisch schwer durchzuführen. Die Unvollkommenheit der menschlichen Erkenntniß in Thatfragen legt Rücksichten auf, welche aus der absoluten Natur des Eigenthums nicht folgen. Hat der Eigenthümer den Besitz der Sache verloren und verlangt die Rückgabe derselben vom jetzigen Besitzer, so kann ihm der Richter nur unter der Bedingung dazu verhelfen, daß er ihm den Erwerb des Eigenthums beweist. So muß die Forderung lauten, welche auf dem Standpunkte des absoluten Princips an den klagenden Eigenthümer zu richten ist. Diese Forderung aber, so richtig sie an sich erscheint, ist eine so harte, daß sie den Schutz des Eigenthums fast illusorisch macht. Gründet sich freilich der Erwerb des Eigenthums auf eine ursprüngliche Erwerbsart, so mag ihm der Beweis des Erwerbes gelingen; ist er aber durch Uebergabe zur Sache gelangt, was bei weitem die häufigste Erwerbsart ist, so kann er, wenn man zunächst von der Ersitzung absieht, den verlangten Nachweis in der Regel nicht erbringen; denn die Uebergabe macht mich nur dann zum Eigenthümer, wenn der vorige Besitzer es war. Doch haben die Römer den rein logischen, absoluten Standpunkt in Ansehung der Vindication unerbittlich festgehalten; der Kläger muß sein Eigenthum beweisen; ist der Erwerb ein derivativer, so muß er das Eigenthum des Vorbesitzers darthun [3]). Kann der Kläger diesen Anforderungen nicht genügen, so siegt der Beklagte, auch wenn er gar kein Recht hat [4]). Neuerdings ist diese absolute Natur des römischen Eigenthums und Eigenthumsprocesses in Abrede gestellt worden [5]); mit Unrecht, wie allgemein anerkannt wird. Auch die Erwägung, daß man in Bezug auf dieselbe Sache dem Einen gegenüber als Eigenthümer anerkannt, dem Anderen gegenüber aber vielleicht nicht anerkannt werde, ist unerheblich, indem die Zufälligkeiten der Proceß- und Beweisführung mit dem Begriffe des Eigenthums nichts zu thun haben; hat Jemand Eigenthum erworben, so hat er es Allen gegenüber erworben, wenn es auch möglich ist, daß er aus Mangel an Beweisen unterliegt; hat er es aber verloren, so hat er es Allen gegenüber verloren, wenn es auch mög-

3) L. 20. pr. D. 41. 1.

4) §. 4. Inst. IV. 15. L. 2. C. IV. 19. L. ult. C. III. 32.

5) Kritz, Darstellung praktischer Materien des römischen Rechtes Bd. 1. Ueber die Vindication und die Publicianische Klage S. 27, 65, 77, 118, 165.

lich ist, daß der Gegner den Verlust nicht weiß oder nicht beweisen kann. Indessen ist schon im römischen Rechte darauf Bedacht genommen worden, die Härten des starren Princips in durchgreifender Weise zu mildern. Dem Eigenthümer ist die Möglichkeit gegeben, den Besitz der Sache wieder zu erlangen, ohne den strengen, an sich nothwendigen Eigenthumsbeweis zu führen. Diese Aushilfen zerfallen in zwei Klassen, in directe und indirecte Erleichterungen. Die indirecten bestehen darin, daß der Eigenthümer nicht selten die Möglichkeit hat, ohne Eigenthumsklage den Besitz der Sache wieder zu erlangen, z. B. durch Contractsklagen, die actio ad exhibendum, auch durch die possessorischen Interdicte[6]). Wichtiger sind die directen Erleichterungen, die Usucapion und die Publicianische Klage, welche nunmehr besonders zu betrachten sind. 2) Insbesondre. Hierher gehört a) die Usucapion, b) die Publicianische Klage. Zu a) Die Usucapion wird bei den Römern eine Erwerbsart des Eigenthums genannt[7]). Hiermit verbindet sich natürlich die Vorstellung, daß bei der Ersitzung mit dem Erwerbe des Eigenthums in der Person des Einen stets ein Verlust des Eigenthums in der Person eines Anderen verbunden sei[8]). Ohne Zweifel ist diese Lage der Sache, daß nämlich der wahre Eigenthümer seines Rechtes beraubt wird, möglich; sie wird dann eintreten, wenn der Eigenthümer den Besitz der Sache durch Zufall verloren und ein Dritter sie redlicher Weise erworben hat. Dieser Fall ist aber nicht durchaus der einzig mögliche; denn derjenige, welcher sich auf Ersitzung beruft, kann entweder vom wahren Eigenthümer oder durch eine ursprüngliche Erwerbsart, z. B. durch Occupation erworben haben, macht aber diesen Erwerb nicht geltend, sei es, daß derselbe durch Länge der Zeit in Vergessenheit gerathen oder daß er nicht zu erweisen ist. Dann ist kein Anderer vorhanden, welcher seines Eigenthums beraubt würde; dann ist Erwerb auf der einen Seite nicht zugleich Verlust auf der anderen. Von der praktischen Seite aus betrachtet, ist dieser Fall, namentlich in Ansehung der außerordentlichen Ersitzung der bei weitem häufigere, und die meisten der Fälle, in welchen es völlig ungewiß bleibt, ob sie der einen oder anderen Kategorie angehören, sind hierher zu rechnen. Man kann sogar noch einen Schritt weiter gehen. Der Fall, wo der wahre Eigenthümer nur zur Ergänzung des fehlenden Beweises zur Usucapion greift, bildet die normale Grundlage, das innere Motiv des ganzen Institutes, wenn auch nicht durchgehends geschichtlich, so doch wissenschaftlich. Dafür spricht, daß der derivative Erwerb des Eigenthums ohne diese Ergänzung nicht bestehen kann. Rücksichtlich der dem Civilrechte angehörigen derivativen Erwerbsarten, z. B. der mancipatio, in iure cessio u. s. w. kann es hier dahin gestellt bleiben, ob es hier außer dem Beweise der

6) L. 24. D. 6. 1.
7) Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 8. L. 3. D. 41. 3. pr. Inst. II. 6.
8) Pr. Inst. II. 6.

gedachten Erwerbsarten noch des Beweises des Eigenthums der Vorgänger bedurft habe, da diese Erwerbsarten schon im Justinianeischen Rechte nicht mehr vorkommen. Es ist aber kein Grund anzunehmen, daß man hier von den bei der Tradition geltenden Regeln abgewichen sei. Weil aber diese Erwerbsarten durch Justinian ihre Anwendbarkeit verloren haben, so erwähnen die römischen Juristen oder wenigstens die in die Digesten aufgenommenen Bruchstücke aus deren Schriften den Grundsatz, daß Niemand Eigenthum übertragen könne, als der Eigenthümer, nur bei der Tradition. Gerade bei dieser gewiß am häufigsten vorkommenden Erwerbsart bedurfte es zur Umgehung des schwierigen Eigenthumsbeweises der Usucapion, und schwerlich würde der Rechtssinn der Römer auf die Usucapion verfallen sein, wenn der derivative Erwerb des Eigenthums ohne diese Ergänzung bei dem einmal vorherrschenden Princip hätte bestehen können und es sich nur darum gehandelt hätte, den neuen Besitzer gegen den wahren Eigenthümer zu schützen, zu welchem Zwecke die Klagenverjährung im wesentlichen ausgereicht hätte. Fest steht, daß die Fälle des Schutzes bestehenden Eigenthums durch Usucapion dem Gebiete der Usucapion ebenso angehören, wie Fälle anderer Art. Die ersteren verdienen aber noch eine nähere Betrachtung, indem hier ein eigenthümliches Bedenken entgegentritt. Wenn nämlich die Usucapion dazu dienen soll, den wahren Eigenthümer zu schützen, so kann sie nicht selbst Erwerb des Eigenthums sein; denn ich kann das, was ich einmal rechtmäßig erworben habe, nicht noch einmal durch Ersitzung erwerben. Man muß der Aeußerung einiger Schriftsteller[9]) beistimmen, wenn sie sagen, die Ersitzung sei nicht eine Erwerbungsart, sie setze vielmehr schon eine Erwerbung voraus. Innerhalb des positiven Rechtes kann man diesem Bedenken dadurch ausweichen, daß man sagt, das Recht ignorire den früheren Erwerb; allein damit ist logisch, für die Betrachtung an sich, nichts gewonnen. Die wahre Lösung des Widerspruches liegt in der Einsicht, daß die Usucapion insoweit an sich nicht Erwerbsart ist und daß die römische Auffassung derselben als solche insoweit nur formellen Werth hat. Die Ersitzung ist, wenigstens in Ansehung der fraglichen Fälle, ein Institut zum Schutze des Eigenthums und ihre leitende Idee processualischen Ursprunges. Das processualische Motiv hat sich in das Gewand des materiellen Rechtes gehüllt, welches man abstreifen muß, um die logische Natur des Rechtskörpers kennen zu lernen. Weil dem Kläger in vielen Fällen nicht zuzumuthen ist, den Erwerb des Eigenthums darzuthun, so wird ihm gestattet, zur Ersitzung zu greifen; weil man einmal davon ausging, daß Erwerb nothwendig sei, behandelte man die Ersitzung als Erwerbsart, und weil Erwerb auf der einen Seite Verlust auf der anderen ist, gestattete man keine Untersuchung der Frage, welcher von

---

9) Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechtes 4. Ausg. §. 209. 2. Christianson, Instit. S. 199.

beiden Theilen, abgesehen von der Usucapion, der wahre Eigenthümer sei. Ein Institut, welches an sich den Schutz des Eigenthums bezweckte, wurde im positiven Rechte zu einem Erwerbe des Eigenthums, weil die Erwerbslehre, als Kern und Mittelpunkt des ganzen Eigenthums sich den Römern als nächster Anknüpfungspunkt darbot. Diese positive Natur des Institutes haben auch die Römer nicht verkannt, indem dasselbe in mehreren Stellen bestimmt aus Nützlichkeitsgründen hergeleitet wird[10]). Die in diesen Stellen enthaltenen Aussprüche, namentlich der zweite und dritte, scheinen weit mehr den Fall zu betreffen, wenn der wahre Eigenthümer die Usucapion zu Hilfe nimmt, als den Fall, wenn der Nichteigenthümer durch dieselbe neu erwirbt; denn sobald es gewiß ist, daß ein anderer wahrer Eigenthümer existirt, kann nicht von Ungewißheit des Eigenthums die Rede sein, sondern nur von Unsicherheit des Besitzes. Läßt man dieses formelle römische Gepräge bei Seite, so ist die Ersitzung, soweit sie zum Schutze bereits bestehenden Eigenthums dient, materiell genommen, der Inbegriff der Voraussetzungen, unter welchen der Beweis des Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt, oder specieller für den Fall der Vindication einer abhanden gekommenen Sache: der Inbegriff der Voraussetzungen, unter welchen der Beweis des ehemaligen Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt. Zu b) Wie sich die Usucapion an den Erwerb des Eigenthums anschließt, so schließt sich wiederum die Publicianische Klage an die Usucapion an, nur mit dem Unterschiede, daß hier offen ausgesprochen wird, was dort verborgen bleibt, daß der Anschluß ein künstlicher, ein formeller ist, indem er durch die Fiction vermittelt wird, daß die in der That nicht vollendete Usucapion vollendet sei[11]). Die Fiction ist hier theoretischer Ausgangspunkt der Lehre. Man erreichte dadurch nicht nur eine sichere Grundlage für die praktische Behandlung der Klage, sondern auch den Anschluß derselben an den Erwerb des Eigenthums[12]), welcher den Römern als Urquell der ganzen Lehre zum Schutze des Eigenthums galt. Hierbei muß aber das geschichtliche Verhältniß beachtet werden. Die Usucapion ist weit älter als die Publicianische Klage; sonst wäre es vielleicht möglich gewesen, eine selbstständige Klage zum Schutze des Eigenthums im Sinne der Publiciana zu gewähren, welche die Usucapion, soweit sie zum Eigenthumsschutze dient, hätte überflüssig machen können. Ferner besteht der merkwürdige Unterschied von der Usucapion, daß man bei dieser den Erfolg, daß der wahre Eigenthümer seines Rechtes beraubt werde, nicht scheute, bei der Publicianischen Klage hingegen

---

10) Cic. pro Caec. cap. 26.: finis sollicitudinis et periculi litium. Gai. Inst. Comm. II. §. 44.: ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent. L. 1. D. 41. 3.: bono publico usucapio introducta est, ne diu et fere semper incerta dominia essent. L. 5. pr. D. 41. 10.: Usucapio constituta est, ut aliquis litium finis esset.

11) Gai. Inst. Comm. IV. §. 36. §. 3. 4. Inst. IV. 6.

12) L. 1. §. 2. L. 13. D. 6. 2.

den wahren Eigenthümer durch eine Einrede schützte[13]). Jene Fiction erregt aber heutzutage Anstoß und man bemüht sich, sich von ihr loszumachen. Der Ansicht von Wächter[14]), daß die Fiction eine blos processualische Bedeutung gehabt habe, welche längst antiquirt sei, und daß die für die Publiciana geltenden Rechtssätze als selbstständige zu betrachten seien, steht entgegen, daß die Fiction noch in der Justinianeischen Rechtssammlung als Grundlage des materiellen Rechtes der Publiciana erscheint[15]) und daß man mit dem Aufgeben derselben nur eine unzureichende Begründung beseitigt, nicht aber eine zureichende Begründung findet. Ebensowenig genügt die Auffassung von Ihering[16]), welcher die bonae fidei possessio ein Recht mit relativem Charakter nennt. Der bonae fidei possessor hat eine dingliche Klage; aber die bonae fidei possessio ist kein dingliches Recht. Das dingliche Recht ist dem Eigenthume nachgebildet und deshalb seiner Natur nach absolut und ausschließend; das Recht zur Publicianischen Klage aber kann sehr wohl mehreren Personen zustehen, wodurch man zu einem ius in re plurium in solidum gelangen würde. Man müßte dann auch Regeln über den Erwerb und Verlust dieses Rechtes aufstellen können, welcher Versuch aber an der relativen Natur desselben sofort scheitern würde. Sodann ist doch die Publiciana, wie allgemein anerkannt wird, eine Klage zum Schutze des Eigenthums, was sie aber nicht würde sein können, wenn sie eine Klage zum Schutze eines anderen dinglichen Rechtes wäre. Ihering stützt sich darauf, daß die bonae fidei possessio in den Quellen ganz wie ein Recht behandelt werde; in Ansehung der Publiciana habe man zwar die Fiction festgehalten, in allen übrigen Beziehungen diene sie durchaus nicht als gesetzlicher Anhaltspunkt[17]). So richtig diese Bemerkung ist, so beweist sie doch nicht, was sie beweisen soll, wenn jener Umstand auf andere Weise erklärt werden kann, was nun geschehen soll. Hätten die Römer die bonae fidei possessio als ein wirkliches Recht angesehen, so hätten sie nicht bis zuletzt deren Hauptwirkung, die dingliche Klage, auf ein fingirtes Recht gestützt. Es kann aber auch ein Gegenbeweis geführt werden. Zunächst wird von den Römern sorgfältig vermieden, die bonae fidei possessio ein Recht zu nennen, und zwar an Stellen, wo dringende Veranlassung zur Geltendmachung dieses Gesichtspunktes gewesen wäre. So zählt Ulpian in L. 49. D. 50. 16. die Bestandtheile des Vermögens auf. Er rechnet

13) L. 17. D. 6. 2.

14) Wächter, über den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für Sachsen, in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. zunächst für das Königr. Sachsen N. F. Bd. XII, S. 74, N. 41.

15) L. 7. §. 17. D. 6. 1.: Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. L. 9. §. 5. eod.: Haec actio in his, quae usucapi non possunt ... locum non habet. L. 7. §. 2. eod.: posse usucapere, ergo et Publicianum habebit. Vgl. auch L. 11. §. 4. eod. und L. 28. D. 9. 4.

16) Ihering, Abhandl. aus dem röm. Rechte (1844) Nr. 2.

17) Ihering a. a. O. S. 103, 109, 118.

dahin: quae dominii nostri sunt, vel superficiaria, ferner: si quid est in actionibus, außerdem aber die Sachen, quae „bona fide a nobis possidentur“. Der Jurist nennt hier die Sachen, nicht das Recht, wohl nur deshalb, weil er ein solches Recht nicht anerkannte. Nach dem Standpunkte von Jhering würde es nur natürlich gewesen sein, das dingliche Recht der bonae fidei possessio neben das Eigenthum zu stellen; Ulpian aber zieht es vor, die Sachen, hinsichtlich welcher die Publicianische Klage zusteht, zu nennen, ohne sich darüber auszusprechen, ob an diesen Sachen ein dingliches Recht zusteht. Wenn auch diese Argumentation nicht völlig überzeugend ist, so wird doch an einer anderen Stelle die bonae fidei possessio geradezu als ein Factum bezeichnet. Paulus erörtert die Frage, ob derjenige, welcher eine Sache bona fide erworben, später aber erfahren hat, daß sie eine fremde sei, deren Früchte erwerbe; er verneint den Fruchterwerb, obwohl er die Usucapion gestattet, und sagt: Pomponius putat verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim ad ius, id est usucapionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat[18]). Dazu kommt noch ein anderer Ausspruch des Paulus, in welchem das römische Princip culminirt: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est[19]). Wäre die bonae fidei possessio ein wirkliches Recht, so könnte sie nicht der veritas gegenübergestellt werden; denn ein Recht ist selbst veritas. Gerade diese Stelle aber führt zu dem richtigen Gesichtspunkte. Die bonae fidei possessio ist nicht ein Recht; sie kann aber unter gewissen Umständen das Recht ersetzen. Wenn also eine Klage aus derselben hervorgeht, so beruht dies eben wieder auf processualischen Motiven. Auch hier hat man es mit Sätzen zu thun, welche an sich processualischen Ursprunges sind, sich aber in materielle verwandelt haben; dieses Gewand muß man wieder abstreifen, um ihre wahre Natur kennen zu lernen. Die Sache ist also folgende. Als Kläger in der Publicianischen Klage ist zunächst der wahre Eigenthümer zu denken, welcher den Erwerb des Eigenthums nicht beweisen kann oder will. Die Publiciana soll zunächst den Eigenthumsbeweis erleichtern, und zwar dadurch, daß der Beweis eines gewissen Zustandes den Beweis des Erwerbes des Eigenthums ersetzt. Eine andere eben so wichtige Function der Klage ist, daß auch der redliche Nichteigenthümer Dritten gegenüber geschützt werden soll. Erschien bei der Usucapion die Beraubung des wahren Eigenthümers als ein nothwendiges Uebel, so ist hier der Schutz des Nichteigenthümers umsomehr gerechtfertigt und umsoweniger gefährlich, als er im Falle der Collision dem wahren Eigenthümer weichen muß. Aber auch diese Function der Klage kann man aus dem Gesichtspunkte einer Klage zum Schutze des Eigenthums betrachten, indem der redliche Erwerber, welcher

18) L. 48. §. 1. D. 41. 1.
19) L. 136. D. 50. 17.

in der Meinung steht, Eigenthümer zu sein, dem einfachen Besitzer gegenüber, als Eigenthümer betrachtet, und die Untersuchung, ob er dies wirklich sei, ausgeschlossen werden soll. Dies ist um so natürlicher, als nicht selten der wahre Eigenthümer weder Willens noch im Stande sein wird, sein Eigenthum geltend zu machen, z. B. wenn ein Handlungsunfähiger veräußert hat, aber die Anfechtung des Geschäftes gar nicht beabsichtigt oder wenn der Eigenthümer weiß, daß ihm die exceptio rei venditae et traditae entgegensteht und er deshalb sein Recht als ein wirkliches gar nicht mehr ansieht. Der Fall, wo neben dem zur Publicianischen Klage Berechtigten ein anderer wahrer Eigenthümer vorhanden ist, welcher sein Recht geltend machen will und kann, ist als Ausnahme zu betrachten. Die nächste und wesentliche Bestimmung der Publicianischen Klage ist also die, den Eigenthümer zu schützen; nicht gebilligt werden kann die Ansicht Vieler, daß die Klage eigentlich zum Vortheile derjenigen eingeführt sei, welche nicht wirkliche Eigenthümer sind, daß aber auch dem Eigenthümer es freistehe, sich als bloßen bonae fidei possessor zu geriren. Auf diesem Standpunkte erklärt es sich nun leicht, daß die bonae fidei possessio in den Quellen wie ein Recht behandelt wird und daß dem bonae fidei possessor viele Rechte des Eigenthümers zustehen, womit eben nur gesagt wird, daß es in Fällen dieser Art des Beweises des Erwerbes des Eigenthums nicht bedürfe, sondern daß der Beweis der bonae fidei possessio genüge. Mit dieser Auffassung ist es übrigens durchaus verträglich, den Kläger in der Publiciana gelegentlich als bloßen bonae fidei possessor oder als Nichteigenthümer zu bezeichnen, theils wegen der Möglichkeit des Daseins eines wahren Eigenthümers neben ihm, theils um kurz und bequem das juristische Verhältniß desjenigen zu bestimmen, welcher zwar Eigenthümer ist, aber nicht mit der Behauptung auftritt, daß er das Eigenthum erworben habe. Ueberhaupt ist die Betrachtung der Sache an sich von der formell-juristischen Behandlung zu trennen. Wie die Usucapion an sich ein Institut zum Schutze bereits erworbenen Eigenthums, ihrer juristischen Construction nach aber eine Erwerbsart des Eigenthums ist, ebenso erscheint die Publiciana an sich als Klage zum Schutze des Eigenthums, ihrer juristischen Construction nach aber als Klage aus der bonae fidei possessio. Von den Römern wurde das formelle Element in den Vordergrund gestellt und so erklärt es sich, daß die Quellen in gewisser Beziehung eine der hier gegebenen Darstellung widersprechende Richtung zu haben scheinen. Einige Aussprüche der Quellen führen nämlich, wörtlich genommen, dahin, dem Eigenthümer die Publicianische Klage gar nicht zu verstatten. Schon die Worte des Edictes: nondum usucaptum zielen dahin, und von **Ulpian** wird ausdrücklich dazu bemerkt: merito Praetor ait: nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam [20]). Aehnlich heißt es in den Institutionen: nec-

---

20) L. 1. pr. §. 1. D. 6. 2.

dum eius rei dominus effectus est[21]) und bei Gajus: qui nondum usucepit[22]). Nirgends wird in den Quellen gesagt, daß der Eigenthümer die Klage anstellen könne. Ferner wird ausdrücklich gesagt, daß der bonae fidei possessor nicht dominus genannt werden könne[23]), und endlich der Fall, wo neben dem bonae fidei possessor ein anderer wahrer Eigenthümer existirt, welcher Fall vorher als Ausnahme behandelt worden ist, gleichsam als nothwendiger hingestellt[24]); ja Ulpian will die actio de servo corrupto dem bonae fidei possessor nicht geben, weil dann nothwendig zwei diese Klage hätten, was absurd sei[25]). Deshalb ist schon in der Glosse[26]) und nach ihr von Vielen die jetzt allgemein angegebene Ansicht aufgestellt worden, daß der Kläger nicht wahrer Eigenthümer sein dürfe und unterliege, wenn der Beklagte das Eigenthum des Vorbesitzers des Klägers beweise. Diese Vorstellungsweise ist auf Rechnung einer den Römern eigenthümlichen formellen Behandlung des Rechtes zu setzen. Der römische Jurist stellte sich einfach auf den Standpunkt: wer nicht behauptet, das Eigenthum erworben zu haben, der ist juristisch nicht Eigenthümer; ist er dies aber nicht, so muß vorausgesetzt werden, daß ein anderer wahrer Eigenthümer vorhanden ist. Auf der anderen Seite ist aber auch den Römern die andere, innere Seite der Sache nahe getreten. Zwar sagen sie nicht ausdrücklich, daß die Publiciana eine Klage zum Schutze des Eigenthums ist; sie behandeln sie aber ganz in diesem Sinne. Nicht nur schließt sich der von der Publiciana handelnde Pandektentitel unmittelbar an den Titel von der Vindication an, sondern es wird auch ausdrücklich von der Publiciana gesagt: ad exemplum vindicationis datur[27]), ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit[28]); omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus[29]); wie es denn auch vom Kläger heißt: vindicat (rem) suam esse[30]). Ferner gehören hierher die Stellen, wo die Sachen, in Ansehung welcher die Publiciana zusteht, zum Vermögen gerechnet werden; denn dies ist nur möglich, wenn entweder die bonae fidei possessio ein dingliches Recht ist, was aber, wie bemerkt, keine römische Auffassung ist, oder wenn man voraussetzt, daß der bonae fidei possessor eigentlich der wahre Eigenthümer ist; auch heißt es in:

---

21) §. 4. Inst. IV. 6.
22) Gai. Inst. Comm. IV. §. 36.
23) L. 1. §. 2. D. 29. 5.
24) Gai. Inst. Comm. II. §. 93. III. §. 164. — Ulp. Fragm. Tit. 9. §. 21. — L. 10. §. 4. D. 41. 1. — §. 1. Inst. per quos person. (III. 28.) — L. 2. §. 1. D. 11. 7. — L. 2. §. 14. D. 47. 8. — L. 11. 13. §. 9. D. 39. 2. — L. 18. D. 20. 1.
25) L. 1. §. 1. D. 11. 3.
26) Gl. a non domino u. bonor. zu L. 1. D. de Publ. act. (6. 2.)
27) L. 35. pr. D. 44. 7.
28) L. 7. §. 6. D. 6. 2.
29) L. 7. §. 8. D. 6. 2.
30) §. 4. Inst. IV. 6.

L. 48. pr. D. 41. 1. von ihm wenigstens in einer speciellen Beziehung: loco domini paene est. Hierher gehört endlich die Fiction selbst. — Die heutige Wissenschaft hat sich dafür entschieden, daß die Publiciana eine Klage zum Schutze des Eigenthums ist. Völlig aufgegeben ist die Ansicht der Glosse, daß der Eigenthümer diese Klage nicht anstellen dürfe. Räumt man aber ein, daß die Publiciana eine Klage zum Schutze des Eigenthums ist, so muß man auch zugeben, daß ihr nächster Zweck ist, dem Eigenthümer ein bequemeres Rechtsmittel darzubieten. Fest steht jedenfalls, daß, insoweit sich der Eigenthümer der Klage bedient, insoweit sie sich von der Vindication nur hinsichtlich des Beweises und der Einreden unterscheidet. Daher spricht man auch allgemein von einem putativen, präsumtiven Eigenthum. Unrichtig ist daran freilich der Ausdruck „Eigenthum", insofern dadurch die bonae fidei possessio als Recht bezeichnet zu werden scheint; richtig ist aber das Beiwort: putativ, präsumtiv, welches bedeutsam auf die processualische Natur des Institutes hinweist. In dem oben entwickelten Sinne ist nun die Publiciana ein weiterer Schritt auf der Bahn, welche schon das alte Recht mit der Usucapion betreten hatte; sie ist ein Institut zum Schutze des Eigenthums, künstlich angeknüpft an die Lehre vom Erwerbe. Wenn man dieses dem positiven Rechte angehörige Gewand abstreift, so stößt man auf ein processualisches Motiv: die Erleichterung des Beweises für den Eigenthümer. Die Ersitzung konnte, insoweit der Kläger in der dinglichen Klage sich darauf beruft, als Inbegriff der Voraussetzungen aufgefaßt werden, unter denen der Beweis des ehemaligen Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt. Dasselbe gilt von der Publiciana, insofern sie zum Schutze des Eigenthümers dient; sie ist ebenfalls der Begriff der Voraussetzungen, unter welchen der ehemalige Besitz den Beweis des Eigenthums ersetzt; sie geht aber noch einen Schritt weiter, indem sie den Kläger von einer der Voraussetzungen der Usucapion dispensirt. Während nämlich bei der Usucapion der Besitz längere Zeit hindurch gewährt haben muß, genügt zur Publiciana der Besitz auch nur eines Augenblickes [31]). Diese Erleichterung gilt aber nicht absolut, sondern nur im Verhältnisse zu einer gewissen Klasse von Gegnern. Hiermit wurde denn doch das Gebiet der Relativität betreten. Das Princip des absoluten Eigenthumsschutzes war gebrochen und ein neuer Rechtsgedanke war aufgetreten, welcher sich demnächst im modernen Rechte zu noch größerer Blüthe und Fruchtbarkeit entfalten sollte. — Versuchen wir eine Kritik des römischen Systems, so ist Folgendes zu bemerken. Waren gleich die Römer an der Hand der Erfahrung dazu gekommen, sich mit dem Beweise des ehemaligen Besitzes zu begnügen, so geschah dies doch unter erschwerenden Bedingungen, und diese bilden die Schwäche dieses Systems. Indem man nämlich den Gedanken der Relativität des Eigenthumsprocesses nicht als solchen

---

31) L. 12. §. 7. D. 6. 2.

zu erfassen und durchzuführen vermochte, blieb das absolute System auch gebrochen noch das herrschende Princip. Was frei zu gestalten und selbstständig neben das ursprüngliche Recht zu stellen war, mußte sich dem letzteren unterordnen und in dessen Gefolge auftreten. Die Publiciana blieb ein halbes Werk, weil sie sich dem Drucke der Fiction fügen mußte. Man setzte dem alten System künstlich ein neues Glied an, welches dadurch in seiner freien Bewegung von Anfang an gehemmt war. Statt einer neuen Schöpfung mit eigener Lebenskraft erhielt man ein in seiner ganzen Existenz abhängiges Rechtsinstitut. Nirgends ist daher der neue Gedanke der Relativität selbstständig ausgesprochen und die Lehre der heutigen Romanisten, daß die Publiciana gegen jeden gehe, welcher mit schwächerem Rechte, als der Kläger besitzt, ist noch ein Rest modernen Anfluges, wovon die Quellen nichts enthalten. Die Quellen enthalten nur einen Inbegriff von Regeln, welche, sofern sie über ihren Ursprung Rechenschaft ablegen, sich der Fiction anschließen, soweit dies aber nicht der Fall ist, eine gemeinschaftliche Quelle, wie sie jenes Princip ausspricht, nicht anzugeben wissen. Nur mit Beseitigung der Fiction war die Gewinnung einer neuen selbstständigen Grundlage möglich. Da die Fiction nicht beseitigt ist, so waren Schwächen nicht zu vermeiden. Als solche sind namentlich folgende zu bezeichnen: 1) die Publiciana erfordert einen Titel, wenn auch der Besitz des Beklagten völlig rechtlos ist. Wer zufällig der Beweismittel für den Titel entbehrt oder wessen Besitz so alt ist, daß der Titel in Vergessenheit gekommen ist, der hat den Schutz der dinglichen Klage nicht. Je älter ein Besitz wird, je schwieriger also und unwahrscheinlicher der Nachweis des Titels wird, desto unsicherer wird der Schutz des Eigenthums. Wenn auch Justinian hier durch Einführung der außerordentlichen Ersitzung geholfen hat, so ist doch diese Hilfe nur halb, weil sie auf die Publicianische Klage nicht ausgedehnt ist und daher bei einer nicht voll dreißigjährigen Dauer des Besitzes ganz wegfällt. Hat Jemand eine Sache ein Jahr lang besessen, so wird er wahrscheinlich im Falle eines Verlustes eine dingliche Klage haben, da er dann den Titel wohl noch wird beweisen können; hat er aber die Sache 29 Jahre lang besessen, so wird er wahrscheinlich keine dingliche Klage haben, weil ihm die Beweismittel für den rechtmäßigen Erwerb fehlen werden. Dennoch verdient derjenige, welcher so lange besessen hat, den Rechtsschutz viel mehr als wer nur ein Jahr besessen hat, indem bei jenem die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes eine viel größere ist. Wer also eine Sache fast 30 Jahre lang besessen hat und sie verliert, ist dem Finder gegenüber schutzlos, wenn etwa diejenigen, welche um den redlichen Erwerb wissen, unterdessen verstorben sind. 2) Der Erbe, welcher selbst noch nicht besessen hat, hat zwar die Publiciana aus der Person des Erblassers; er wird aber in der Regel den ihm vielleicht völlig unbekannten Titel des Erblassers schwer beweisen können, während sich der Besitz des Erblassers in der Regel leicht wird erweisen lassen und dieser Nach-

weis einem rechtlosen Besitzer gegenüber genügen sollte. 3) Die Publiciana ist ausgeschlossen bei gestohlenen und geraubten Sachen und hinsichtlich einiger verwandter Fälle. So gerecht dies ist, wenn der neue Erwerber dem Bestohlenen gegenübersteht, so ungerecht erscheint es, wenn man sich den redlichen Erwerber als Kläger einem rechtlosen dritten Besitzer gegenüber denkt. Da schon die römischen Juristen bei der großen Ausdehnung des Begriffes des furtum eine Ersitzung beweglicher Sachen kaum für möglich halten [32]), so mußte natürlich das Gebiet der Publiciana dadurch sehr eingeengt werden. 4) Stehen zwei Usucapionsbesitzer einander gegenüber, so entsteht ein auf dem Standpunkte der Fiction nicht zu lösender Conflict. Deswegen griffen die Römer in dieser Verlegenheit zu dem letzten Mittel, zu der Regel: melior est conditio possidentis, ein Auskunftsmittel, welches den Knoten in nicht gerechter Weise durchhaut und das Institut seines wohlthätigen Einflusses halb beraubt. 5) Bei der Publiciana kommt Alles auf den Erwerb des Besitzes an; die Art des Verlustes ist gleichgiltig, und dennoch verdient derjenige, welcher Entziehung des Besitzes wider seinen Willen beweisen kann, ohne Zweifel mehr Schutz als derjenige, welcher die Art des Verlustes nicht darthun kann. Diese Schwächen hatten, wie bemerkt, ihren Grund theils in dem Anschlusse der Publiciana an die Ersitzung mittelst der Fiction, theils in der unvollkommenen Ausbildung des Principes der Relativität. Der Zusammenhang der Nothwendigkeit des Titels und der Unzulässigkeit der Klage in Ansehung der gestohlenen und geraubten Sachen mit der Fiction ist einleuchtend, da die Usucapion nicht fingirt werden kann, wenn es an den Voraussetzungen des usucapionsfähigen Besitzes und der usucapionsfähigen Sache mangelt; die Fiction bezieht sich ja nur auf die Vollendung der angefangenen Ersitzung. Außerdem wird es in den Quellen ausdrücklich gesagt [33]). Anlangend die Berufung auf den Besitz des Erblassers, so wird später davon die Rede sein; in Ansehung des Punktes aber, daß die Art des Verlustes nicht berücksichtigt ist, liegt die Sache ähnlich wie bei den ersteren Beschränkungen. Wird nämlich die Publiciana mittelst der Fiction an die Erwerbslehre angeschlossen, so kommt Alles auf den fingirten Erwerb des Rechtes, aber nichts auf die Art des Verlustes des Besitzes an. Der große Spielraum endlich, welcher dem Satze: melior est conditio possidentis, eingeräumt wurde, war eine Folge der unvollkommenen Auffassung der Relativität. Dieselbe war nur insoweit anerkannt, daß der Usucapionsbesitzer dem einfachen Besitzer [34]) und der wahre Eigenthümer dem Usucapionsbesitzer vorgezogen wurde [35]). Weiter ging man aber nicht, namentlich erkannte man den Vorzug des älteren Besitzes nicht an, nicht einmal im Falle eines Titels; denn obwohl unter

---

32) Gai. Inst. Comm. II. §. 50. §. 3. Inst. II. 6.
33) Vgl. die Stellen in Note 15.
34) L. 17. fin. D. 6. 2.
35) L. 1. pr. D. 6. 2.: Si non a domino petet, und L. 17. D. eod.

zwei Usucapionsbesitzern, welche ihr Recht von demselben Vorbesitzer ableiten, der ältere vorgehen soll [36]), so folgt dies schon aus den Grundsätzen über die replicatio rei venditae et traditae [37]). — Daß die Römer die Schwächen und Unbilligkeiten ihres Systems nicht so stark empfunden haben, um sich zu tiefer gehenden Reformen veranlaßt zu fühlen, findet seine Erklärung theils in ihrer festen Anhänglichkeit an überlieferten Principien, theils in dem Einflusse langer Gewöhnung, welche alle Zustände erträglich macht, theils endlich in folgenden Momenten: 1) Die Usucapionsfrist war bis zu Justinian sehr kurz, ein Jahr für bewegliche, zwei Jahre für unbewegliche Sachen; die Erfüllung der Bedingung der Vindication war also sehr leicht; freilich ist diese Auskunft fast schlimmer als das Mittel selbst und deshalb kommt Justinian den „miseris dominis", welche durch Usucapion ihr Eigenthum verlieren, durch bedeutende Verlängerung der Usucapionsfrist zu Hilfe und beeilt sich, dadurch einen Zustand zu beseitigen, von welchem er sagt: nihil inhumanius erat [38]). 2) Dem römischen Richter stand eine freiere Behandlung der Thatfrage zu, so daß er bei dem Beweise des Titels Rücksichten der Billigkeit und der persönlichen Ueberzeugung walten lassen konnte. 3) Dazu kam das interdictum Utrubi in seiner älteren Gestalt; denn wenn es auch als interdictum retinendae possessionis bezeichnet wird, so hatte es doch in der That sehr oft recuperatorische Wirkungen, indem als gegenwärtiger Besitzer derjenige betrachtet wurde, welcher innerhalb des letzten Jahres länger als sein Gegner besessen hatte; gleichgiltig war es, auf welche Weise der Beklagte den Besitz erlangt hatte, indem schon in der jetzigen Verweigerung der Herausgabe der Sache die formelle Verletzung lag; bei Berechnung der Zeit fand accessio possessionis statt, ein fehlerhafter Besitz wurde aber gar nicht mitgezählt. Der Kläger also, welcher nicht mehr im wirklichen Besitze war, hatte nur seinen ehemaligen Besitz, des Beklagten jetzigen Besitz und die längere Dauer seines früheren Besitzes zu beweisen. 4) Auch die actio quod metus causa verdient Beachtung, insofern sie zu einer Klage gegen den dritten Inhaber der dem Kläger abgezwungenen Sache, erweitert, also fast zur dinglichen Klage geworden ist, indem in diesem Falle der Kläger nichts weiter zu beweisen hat, als daß er besessen, daß er den Besitz durch Gewalt oder Drohung verloren habe und daß jetzt der Beklagte besitze [39]). Diese Erweiterung paßt wenig zum römischen

36) L. 9. §. 4. D. 6. 2.

37) Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 173, N. b. Wenn Manche, z. B. Sintenis, Civilrecht §. 53, I a. E. Bd. 1, S. 526, bei der Publicianischen Klage eine Reihe relativer Berechtigungen annehmen, so ist dies zwar ein Beweis, wie lebendig in ihnen der andere Gedanke der Relativität ist; vom Standpunkte des römischen Rechtes aus sind sie zu dieser Annahme durchaus nicht berechtigt.

38) L. un. C. VII. 31. pr. Inst. II. 6.

39) L. 9. §. 4. 7. 8. L. 14. §. 3. 5. L. 18. D. 4. 2. L. 3. C. de his, quae vi (II. 19. (20.)).

System der dinglichen Klagen, da sie sich nicht an die Erwerbslehre anschließt, und hat daher einestheils Widerspruch gefunden[40]), anderntheils ist sie vereinzelt geblieben, während die Ausdehnung der Klage auf alle Fälle widerrechtlicher Besitzergreifung an sich nicht undenkbar gewesen wäre. Dennoch scheinen schon die Römer der Unzulänglichkeit ihres Eigenthumsschutzes sich bewußt gewesen zu sein. Folgende Umstände deuten darauf hin. In mehrfacher Beziehung opferte man nämlich die Consequenz dem praktischen Bedürfnisse. So ließ man die Publiciana ohne Rücksicht auf den dolus des Verkäufers zu[41]), verstattete dieselbe auch hinsichtlich mancher der Usucapion entzogenen Sachen[42]). Dies beweist daß die Fiction der Ersitzung Schwierigkeiten erregte, welche man wohl fühlte; es beweist aber nicht, daß diese Fiction allmälig ganz aufgegeben worden sei. — Diese ganze bisherige Darstellung des Eigenthumsschutzes bei den Römern war nothwendig, um den Gegensatz zwischen diesem und dem Eigenthumsschutze bei den Germanen in das Licht zu stellen. Wir lassen nunmehr die Darstellung der Lehre von der Eigenthumsklage (rei vindicatio) bei den Römern selbst folgen, welche vorzugsweise Gegenstand dieses Artikels ist. Diese Darstellung zerfällt, da von der Publiciana in einem besonderen Artikel gehandelt ist[42a]), in einen historischen und dogmatischen Theil.

B. Insbesondre von der rei vindicatio[43]). AA. Historischer Theil[44]). Einleitung. Eine jede Klage verlangt die richterliche Anerkennung eines verletzten Rechtes. Am einfachsten geschieht diese bei Streitigkeiten über den Status, indem das Urtheil zur Auflösung des Streitverhältnisses ausreicht, ohne daß daraus unmittelbar ein weiterer Anspruch des siegenden Klägers begründet würde. Dagegen wird aus Obligationen auf Anerkennung einer Verpflichtung, d. h. auf Verurtheilung geklagt; diese ging nach römischem Rechte auf eine Geldsumme und machte, wenn der Verurtheilte ihr nicht Folge leistete, ein wiederholtes Einschreiten der richterlichen Gewalt nothwendig zum Zwecke der Execution. Zwischen beiden stehen die dinglichen Klagen. Bei ihnen ist eine einfache Anerkennung des streitigen Rechtes ohne Verurtheilung

---

40) L. 14. §. 5. D. 4. 2.

41) L. 7. §. 11. 14. L. 13. §. 2. D. 6. 2. L. 4. §. 27. D. 44. 2.

42) L. 12. §. 2. 3. D. 6. 2.

42a) S. den Artikel Actio Bd. I, S. 84 flg.

43) 1) Quellen: Tit. Dig. de rei vindicatione (6. 1.). Tit. C. de rei vindicatione (III. 32.). Die antejustinianeischen Quellen werden gelegentlich erwähnt werden. 2) Literatur: Aeltere Schriften führt an Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 127, N. 54. Von neueren sind zu nennen Glück a. a. O. S. 126—310. Kritz, Darstellung praktischer Materien des röm. Rechtes Bd. 1. Ueber die Vindication und die Publicianische Klage. Dresden und Leipzig. 1831. Wetzell, der röm. Vindicationsproceß. Leipzig 1845. Schmid, Handb. des gem. teutschen bürgerl. Rechtes §. 15, Bd. 1, S. 268—352.

44) Für diesen ist vorzugsweise die in der vorigen Note angeführte Schrift von Wetzell benutzt worden.

denkbar; es können aber die demselben entsprechenden äußeren Verhältnisse eine weitere Anordnung des Richters herbeiführen, welche, insofern sie den Beklagten zu gewissen Leistungen verpflichtet, der Anerkennung des Rechtes eine Verurtheilung beifügt. Da zudem über jene Verhältnisse für die Dauer des Processes eine provisorische Verfügung getroffen werden muß, so können im Vindicationsprocesse drei wesentliche Elemente unterschieden werden. Erstens. Insofern zunächst Anerkennung des dinglichen Rechtes gefordert wird, ist der Proceß ein wahres Präjudicium. Es wird dasselbe durch die Erklärung der Streitabsicht und Feststellung des Streitpunktes eingeleitet, erhält aber seine processualische Form dadurch, daß sich die Parteien zur Ableistung eines Versprechens auffordern, welches, durch das Dasein des bestrittenen Rechtes bedingt, scheinbar den Gegenstand der richterlichen Untersuchung ausmacht. Es handelt sich aber hier nicht um bloße Formen. Im römischen Processe ist die Pflicht der Vertheidigung sowie der Eintritt der Ungehorsamsstrafen an eine gewisse Einleitung des Verfahrens geknüpft, und diese soll durch die Ableistung jenes Versprechens erbracht werden. Zweitens. Den dinglichen Rechten und ebenso dem Erbrechte entspricht ein äußerer Zustand, der Besitz. Deshalb ist der Proceß mit dem Präjudicium nur dann zu Ende, wenn der Sieger den Besitz des Streitgegenstandes während des Processes gehabt hat. Genießt dagegen der Besiegte diesen Vortheil, so knüpft sich an das Urtheil die Verpflichtung zur Restitution der Hauptsache nebst allen Accessionen. Ein Zwang zu deren Erfüllung ist in zwiefacher Weise denkbar; ein directer, welcher in der gewaltsamen Uebertragung des Besitzes liegen würde; zweifelhaft ist es, ob ihn das ältere Recht gekannt hat; jedenfalls gewährt es einen indirecten durch das iusiurandum in litem, wodurch der Sieger im Falle verweigerter Restitution ohne Beschränkung sein Interesse schätzen darf. Diese Seite des Verfahrens läßt sich, da sie auf der verbindenden Kraft des Urtheils beruht, die persönliche nennen. Drittens. Restituiren kann nur derjenige, welcher zur Zeit der Fällung des Urtheils besitzt. Um aber die Nachtheile zu verhüten, welche dadurch entstehen können, wenn die Restitution durch Schuld des Besitzers unmöglich geworden ist, oder der Streitgegenstand verschlechtert oder ohne die Früchte, welche der Gegner zu erwarten berechtigt war, restituirt wird, fordert der Prätor von demjenigen, welchem er für die Dauer des Rechtsstreites den Vortheil des Besitzes überläßt, Leistung einer Bürgschaft wegen jeden Schadens, welchen er dem Gegner durch seine Schuld verursachen würde, und knüpft an diese Bedingung die Ueberlassung des Besitzes. Da ähnliche Verhältnisse weder bei reinen Präjudicialklagen, noch bei persönlichen Klagen vorkommen; so kann man sie als die eigentlich dinglichen Bestandtheile des Vindicationsprocesses betrachten. Diese drei Bestandtheile kommen in eigenthümlichen Verbindungen vor. Gajus erwähnt davon drei, welche verschiedene Stufen der geschichtlichen Entwickelung bezeichnen, das Verfahren per sacramentum, per sponsionem

und per formulam petitoriam[45]). Das Letztere ist das allein im neuesten römischen Rechte noch bestehende Verfahren. Wir beginnen mit dem Verfahren per sacramentum und handeln 1) von der Verleihung des Besitzes (vindiciae) und den sich daran knüpfenden Verhältnissen, 2) von dem Präjudicium und der Pflicht zur Defension, 3) von der Geltendmachung des über das Eigenthum (oder Erbrecht) gefällten Urtheils.

AAA. Vom Verfahren per sacramentum. 1) Verleihung der Vindicien. Nach altrömischer Ansicht fällt mit dem Beginne eines Rechtsstreites über dingliche Rechte, wie dessen Entscheidung so auch der Besitz der streitigen Sache, der Verfügung des Magistrates anheim. Der Besitz, durch welchen die dinglichen Rechte (einschließlich des Erbrechtes) ausgeübt werden, bildet nämlich die nächste Veranlassung und muß während des Rechtsstreites der eigenmächtigen Einwirkung der Parteien entzogen werden. Der Prätor drückte dies in der feierlichen Vorverhandlung durch den Befehl aus: Mittite ambo hominem. Standen nun gleich zu jenem Zwecke mehrere Wege offen, bei beweglichen Sachen die Deposition, bei unbeweglichen die Sequestration, so verursachte doch die Deposition Aufwand und machte jede Benutzung unmöglich, und die Sequestration gewährte doch jedenfalls einen geringeren Ertrag, als die Verwaltung auf eigene Rechnung. Es schien daher das einfachste und natürlichste Auskunftsmittel, wenn der Prätor den Besitz des Streitgegenstandes einer der Parteien überließ. Denn trug diese den Sieg davon, so hatte sie zum Voraus die Ausübung des ihr zustehenden Rechtes ohne Verletzung des Gegners gehabt; unterlag sie, so hatte sie fremde Geschäfte geführt und es waren ihre Verbindlichkeiten darnach zu beurtheilen. Der vom Prätor verliehene Besitz hieß „vindiciae“[46]); man sagte also: vindicias dicere (auch dare, decernere) alicui (oder secundum aliquem)[47]), sowie dem entsprechend in Bezug auf den Gegner: vindicias abdicere ab aliquo[48]). Bei Erbschaften insbesondre sind die Formeln gebräuchlich: possessionem hereditatis dare, auch wohl hereditatem dare; später meistens bonorum possessionem dare[49]). Auch scheint man für das Verlangen der vindiciae in der alten Rechtssprache den Ausdruck „vindicare“ gebraucht zu haben, welchem auf Seiten des Gegners „vindicari ab aliquo“ entspricht[50]). Die Zuweisung des Besitzes geschah durch ein Decret des

---

45) Gai. Inst. Comm. IV. §. 91. 95.

46) Fest. s. v. vindiciae.

47) Liv. III. 44. 56. 57. Gai. Inst. Comm. IV. §. 16. L. 2. §. 24. D. 1. 2. Val. Max. VII. 7. 5. Fest. s. v. vindiciae.

48) L. 2. §. 24. D. 1. 2. Liv. III. 56. 57.: ni vindicias ab libertate in servitutem dederit.

49) Cic. in Verr. I. 1. 44. 45. 47. 52. Plin. Hist. Nat. II. 5. (Gell. Noct. Att. III. 16.)

50) Liv. III. 45. 46. braucht so den Ausdruck „vindicare“. Der Ausdruck „vindicari ab aliquo“ kommt nur in L. un. §. 1. D. 2. 3. vor. Dagegen ist er in die Verkehrssprache übergegangen; man sagt: vindicari ab interitu, a labore,

Prätors[51]). Welcher Partei der Besitz zu überlassen sei, stand ganz in dem Ermessen des Prätors; nur in dem Streite über die Freiheit sollten die vindiciae zu Gunsten derselben gegeben, d. h. der als Sclave Vindicirte in den Besitz der Freiheit gesetzt werden. Aber auch in den übrigen Fällen handelte der Prätor nicht willkürlich, sondern beobachtete Rücksichten, welche durch die Erleichterung der Rechtsverfolgung geboten waren. Nun wurde offenbar, wenn er den Besitz demjenigen verlieh, welcher die größere Wahrscheinlichkeit des Rechtes für sich hatte, zweierlei erreicht, Erleichterung des Beweises und Erleichterung der Execution. Hat nämlich derjenige, dessen Recht anerkannt wird, den Besitz des Streitgegenstandes erhalten, so ist eine Execution unnöthig. Und da derjenige das streitige Recht zu beweisen hat, welcher eine Aenderung des bei Einleitung des Processes festgestellten Zustandes bewirken will, so ist der Besitzer zugleich vom Beweise frei[52]); es ist dies eine Begünstigung des materiellen Rechtes insofern, als häufig wegen Mangels des Beweises das beste Recht verloren geht. Darüber, nach welchen Merkmalen die größere Wahrscheinlichkeit zu Gunsten einer Partei bestimmt worden sei, haben ursprünglich allgemeine Grundsätze wohl nicht gegolten, sondern der Prätor entschied nach der Beschaffenheit jedes einzelnen Falles. Allmälig aber bildeten sich feste Regeln, welche sich an die Natur des streitigen Rechtes anschlossen und welche, obwohl sie äußerlich nicht verpflichtend waren, der Prätor zur Vermeidung des Scheines der Parteilichkeit nicht zu umgehen pflegte. Nun ist der Besitz der Zustand voller Ausübung des Eigenthums. Offenbar hat also der Besitzer des Streitgegenstandes den Schein des Eigenthums vor seinem Gegner voraus, sofern er nicht gerade von diesem auf unrechtlichem Wege besitzt. Daher verlieh der Prätor im Eigenthumsprocesse derjenigen Partei die Vindicien, welche gegenwärtigen Besitz für sich anführte, ohne denselben auf fehlerhafte Weise dem Gegner entzogen zu haben; in diesem Falle aber befahl er letzterem den Besitz zu restituiren. In späterer Zeit gab es zur Untersuchung dieser Voraussetzungen eigene Klagen, die Interdicte; man darf aber deshalb die in das Edict aufgenommenen Bestimmungen nicht als erst für diese Klagen entstanden betrachten; vielmehr eigneten sie sich durch ihre allgemeine Fassung sehr wohl dazu, auch der prätorischen Untersuchung zur Grundlage zu dienen. Anders mußte im Erbschaftsprocesse der Besitz regulirt werden, was hier aber, wo blos der Eigenthumsproceß in Frage steht, übergangen wird[53]). Fragt man, in welcher Weise die Verleihung der vindiciae realisirt werde, so ist für den ältesten Proceß die Antwort sehr einfach. Der Streitgegenstand befindet sich vor Gericht oder das Gericht ist bei dem Streitgegenstande

---

a supplicio, a violentia. Cic. a Quint. fratr. I. 4. pro Sulla c. 9. Liv. III. 50. Plin. Paneg. c. 50.

51) Liv. III. 45. Val. Max. VII. 7. 3.

52) L. 62. D. 5. 1.

53) Vgl. darüber Wetzell a. a. O. S. 9—11.

gegenwärtig; es kann also das Decret des Magistrates sofort durch die ihn umgebenden Lictoren vollstreckt werden. Einen Beleg dazu giebt der Proceß der Virginia [54]). Seitdem aber gewisse Sachen nicht mehr vor Gericht gebracht, sondern durch Theile, welche auch vindiciae hießen, vertreten wurden, wie dies namentlich bei Immobilien geschah, nöthigte wahrscheinlich der Prätor den widerspenstigen Besitzer durch die Lictoren zur Restitution an den zum Besitze Berufenen, half auch wohl durch die wahrscheinlich schon damals üblichen interdicta recuperandae possessionis, welche ja gerade auf Immobilien Anwendung finden und einen Zwang zur Restitution insofern enthielten, als sie neben bedeutenden processualischen Nachtheilen eine Verurtheilung des Besitzers in das gesammte Interesse des Imploranten herbeiführten. Aber auch bewegliche Sachen, wenn sie schwer vor Gericht zu bringen waren, konnten durch vindiciae vertreten werden; Heerden durch ein einzelnes Stück, eine Säule durch einen abgebrochenen Theil, Erbschaften durch eine einzelne Erbschaftssache [55]). Mithin war auch für solche Sachen das Bedürfniß von Zwangsmitteln, welche über die Grenzen der Gerichtsstätte hinaus wirksam waren, vorhanden. Für Erbschaften bestand das interdictum quorum bonorum. Für bewegliche Einzelsachen hingegen, welche nicht vor Gericht zu bringen waren, bestand kein solches Interdict. Denn der wesentliche Inhalt des interdictum utrubi war die Entscheidung der Frage, welcher Partei der Besitz zuzusprechen sei, und obwohl sich damit zufolge der provisorischen Besitzregulirung [56]) ein arbitrium de re restituenda verbinden ließ, so konnte dieses doch nicht den alleinigen Inhalt des Interdictes bilden, welches den gegenwärtigen Besitz schützen sollte. Dagegen gab der Prätor in anderer Form ein solches arbitrium. Wer nämlich auf seinen Befehl nicht restituirte, widerstrebte seiner Auctorität und konnte deshalb in Strafe genommen werden, welche aber weder willkürlich, noch für alle Fälle gleich sein, vielmehr dem Werthe des Streitgegenstandes entsprechen sollte, weshalb der Prätor eine Pönalklage gab, infolge welcher der Beklagte in die litis aestimatio verurtheilt wurde. Zu dieser Bestimmung des Edictes, die mit ihren Anfangsworten wahrscheinlich in der Titelrubrik: Si quis ius docenti non obtemperaverit (Dig. 2. 3.) erhalten ist, gehört ein Commentar Ulpian's, welcher uns in den Digesten erhalten ist [57]). Nach der Erklärung von Wetzell handelt Ulpian hier vom Verfahren in iure; die Worte: veluti rem mobilem vindicari a se passus non est,

---

54) Liv. III. 48.

55) Gai. IV. 17.

56) Diese provisorische Besitzregulirung geschah durch die fructus licitatio; wer für die zu ziehenden Früchte das höchste Gebot that, wurde für die Dauer des Rechtsstreites Besitzer. Auf dieser vorläufigen Verleihung beruht wohl die Möglichkeit eines arbitrium de restituendo bei einem interdictum retinendae possessionis. Gai. IV. 166.

57) L. un. pr. §. 1—4. D. 2. 3. Vgl. über die Erklärung dieser Stelle Wetzell a. a. O. S. 14—18.

sind in folgender Weise zu erklären. In der alten Rechtssprache bedeutete „vindicare“ den Besitz des Streitgegenstandes, die Vindicien verlangen, mithin heißt „vindicari a se non pati“ die dem Gegner zugesprochenen Vindicien verweigern oder vereiteln. Dies setzt einen Befehl des Prätors voraus und kann in verschiedener Weise geschehen, zunächst durch Verweigerung der Restitution, sodann durch Veräußerung des Streitgegenstandes, endlich dadurch, daß der Besitzer denselben von sich abkommen läßt, gleichwie dies bei dem interdictum unde vi Verurtheilung des Beklagten herbeiführt. Im ersten Falle schritt wohl der Prätor auf Verlangen mit Gewalt ein, im zweiten stand dem Imploranten eine actio propter alienationem iudicii mutandi causa factam zu; nur im dritten Falle fehlte es an einem geeigneten Rechtsmittel. Mithin war es ohne Zweifel angemessen, gerade diesen Fall beispielsweise hervorzuheben. Die Vereitelung der Vindicien in jener Weise war aber nicht bei den beweglichen Sachen möglich, welche vor den Prätor gebracht wurden, wohl aber bei den schwer fortzuschaffenden Gegenständen, welche durch Theile vertreten zu werden pflegen. Der Fall ist so zu denken, daß der Besitzer bei der in ius vocatio die Mitführung des Streitgegenstandes unter dem Vorwande des schwierigen Transportes abgelehnt, dann aber doch von Dritten die Wegführung hat geschehen lassen, worauf sich das „sed duci eam vel ferri passus est“ bezieht. Das Uebrige in jener Stelle läßt sich nun, wie Wetzell weiter ausgeführt hat, leicht erklären. Wie gleich nachher gezeigt werden wird, muß derjenige, welcher zum Besitzer bestellt ist, Bürgschaft leisten, widrigenfalls der Besitz von ihm auf seinen Gegner übertragen wird. Die Translation des Besitzes kann aber einen ähnlichen Widerstand erzeugen, wie die Absprechung der Vindicien. Hat also der Prätor den bisherigen Besitzer bestätigt und dieser weigert sich, sowohl Bürgschaft zu leisten, als den Besitz herauszugeben („ceterum et si sequentia recusavit“), so findet die Klage des erwähnten Edictes ebenfalls Anwendung. Dasselbe ist auf Seiten des Klägers denkbar, wenn er die Vindicien erhalten hat und die Bürgschaft verweigert. Im späteren Rechte hat sich nur die translatio possessionis erhalten, und an diese haben wohl die Compilatoren bei Aufnahme der Stelle gedacht. In diesem Sinne würde das „vindicari a se passus non est“ die Verweigerung der Restitution (Translation) wegen mangelnder Defension bei Uebernahme des Processes [58]), das „sequentia“ die Vertheidigung überhaupt bezeichnen, der Ungehorsam des Klägers aber auf die verweigerte Zurückgabe der an ihn transferirten Sache, wenn der Beklagte binnen Jahresfrist sich zur Uebernahme der Vertheidigung erbietet, zu beziehen sein [59]). — Praedes litis vindiciarum. Bei Verleihung der Vindicien ging der Prätor von der Ver-

58) So fassen die Basiliken (Lib. VII. Tit. 7. cap. 1. th. 2.) die Sache auf.

59) L. 8. C. VII. 43. L. 2. fin. C. ubi in rem actio (III. 19.). L. 8. §. 5. 8. C. de delator (X. 11.). L. 8. §. 3. C. VII. 39. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilprocesses Bd. 1, S. 293.

muthung aus, daß derjenige, welcher die Wahrscheinlichkeit des Rechtes für sich habe, den Sieg davon tragen werde. Gewiß war dies aber nicht und deshalb konnte das dem Einen geschenkte Vertrauen nicht soweit ausgedehnt werden, daß die Interessen des Anderen darüber vernachlässigt wurden. Es konnte diesem nichts nützen, daß er sich nach erlangtem Siege an den Streitgegenstand halten durfte, wenn derselbe durch des Besitzers Schuld vernichtet oder verschlechtert, wenn die Früchte, welche doch dem Sieger gebührten, nicht gezogen oder die gezogenen verschleudert waren. Der unterliegende Theil war allerdings zur vollen Entschädigung verpflichtet; es war aber zweifelhaft, ob er diese Verpflichtung zu erfüllen im Stande sein werde. Der Prätor, durch diese Gefahr veranlaßt, verlangte daher zur Verstärkung jener Verpflichtungen von demjenigen, welchem er die Vindicien ertheilte, Bürgen. Diese hießen praedes litis vindiciarum. Nach der Angabe des Gajus[60]) bezeichnet lis den Streitgegenstand, vindiciae die Früchte, d. h. den factischen Vortheil, welchen der Besitz der Sache gewährte. Die Bürgen sagten also für den Streitgegenstand und dessen Früchte gut. Die Formulare dieser Bürgschaften sind uns nicht erhalten. Hatte nun der Prätor einer der Parteien den Besitz zugesprochen, so kam es darauf an, ob sie die Bürgschaft zu stellen bereit war. Weigerte sie sich dessen (si rem nolit defendere), so wurde der Besitz der anderen Partei gegeben, was technisch „transferre possessionem" heißt[61]). Die Translation des Besitzes geschah jedoch nur gegen gehörige Bürgschaft. Für die hereditatis petitio ist dies ausdrücklich anerkannt[62]); für die rei vindicatio haben wir zwar kein ausdrückliches Zeugniß; es ist aber kein Grund vorhanden, für diese nicht auch dasselbe anzunehmen[63]). Die Translation wurde vom Prätor, so lange noch der Streitgegenstand vor Gericht oder dieses bei jenem gegenwärtig war, unter Mitwirkung der Lictoren vollzogen. Nachdem diese Sitte sich theilweise geändert hatte, gab er hinsichtlich der abwesenden Sachen seinen Befehlen durch Verleihung von Interdicten Nachdruck, welche, indem sie gegen den Unterliegenden bedeutende Nachtheile verhängten, eine indirecte Nöthigung zum Gehorsam enthielten. Es gehören hierher die beiden erst neuerlich bekannt gewordenen Interdicte, das interdictum quem fundum und das interdictum quam hereditatem[64]). Da diese Interdicte sich aber nur auf Grundstücke und Erbschaften bezogen, so blieben noch einige Sachen zurück, deren Gegenwart zur Einleitung des Verfahrens nicht nothwendig, für welche aber auch ein Interdict nicht gegeben war. Das Mittel, welches hier der

60) Gai. IV. 16. und 94.

61) Rudorff, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IX, Nr. 2, weist dies in einer Reihe von Beispielen nach.

62) Paul. Sent. Lib. I. Tit. 11. §. 1.

63) Die dagegen von Rudorff a. a. O. S. 38 geltend gemachten Gründe scheinen nicht auszureichen. Siehe Wetzell a. a. O. S. 23 flg.

64) Vgl. den Artikel Interdicte Bd. V, S. 600—603.

Prätor anwendete, um seinen Befehlen Gehorsam zu verschaffen, war die bereits erwähnte Pönalklage, welche auf den Werth des Streitgegenstandes ging. — Was die Fragen betrifft, welche Wirkungen die Vindicien hatten und welche Wirkungen der Mißbrauch derselben nach sich zog, so ist die Antwort folgende. Wer vom Prätor gegen Stellung von Bürgen zum Besitzer gemacht worden ist, hat neben der durch den Besitz gegebenen factischen Möglichkeit des Fruchtbezuges ein Verwaltungsrecht, welches soweit reicht, als zur Erhaltung des Streitgegenstandes und seiner Accessionen erforderlich ist. Bei der rei vindicatio wird hiervon die unbedeutendste Anwendung gemacht. Der Besitzer darf die Früchte, welche durch langes Liegen verlieren würden, ja sogar im Falle äußerster Noth den Streitgegenstand selbst veräußern, ohne zu mehr als zur Herausgabe des erhaltenen Kaufgeldes verpflichtet zu werden [65]. Sehr viel weiter greift das Verwaltungsrecht bei Erbschaften, wo es nicht blos das Recht zur Vornahme nothwendiger Veräußerungen gewährt, sondern auch zur Anstellung der in der Erbschaft liegenden Klagen legitimirt, letzteres jedoch auch nur soweit es die Erbschaft verlangt. Persönliche Klagen können angestellt werden, wenn sie zu verjähren drohen, dingliche, wenn die Usucapion von Erbschaftssachen vereitelt werden soll [66]. Was die Verpflichtungen des Besitzers anlangt, so ist davon bei dem, was die praedes litis vindiciarum versprochen, die Rede gewesen. Diese Verpflichtungen beruhten keineswegs auf einem besonderen Versprechen, sondern jenem ältesten Verfahren gemäß auf gesetzlichem Grunde, wie sich daraus ergiebt, daß, während im alten Rechte nur von Bürgen, in einem später nachgebildeten Verfahren von einer durch Bürgen zu verstärkenden Stipulation des Besitzers die Rede ist [67]. Unterliegt also der Besitzer, „si vindiciam falsam tulit" [68], so klagt der Sieger gegen die Bürgen aus dem geleisteten Versprechen; gegen den Besitzer selbst wird ihm aber ein arbitrium zur Schätzung des zugefügten Schadens gegeben. Die Schätzung des Schadens betreffend, so ist Ein Fall dadurch ausgezeichnet, daß die Verurtheilung auf mehr als den wirklichen Schadensbetrag gerichtet wird. Nach einer Bestimmung der 12 Tafeln nämlich sollen die Früchte zu ihrem doppelten Werthe angeschlagen werden [69]. In der Justinianeischen Compilation geschieht der doppelten Früchte nirgends Erwähnung.

---

65) L. 15. §. 1. D. 6. 1. Diese Stelle bezieht sich zwar zunächst auf den neueren Proceß, kann aber unbedenklich auch vom alten Verfahren verstanden werden.

66) L. 49. D. 5. 3. L. 4. §. 1. D. 35. 3.

67) Dies ist die stipulatio pro praede litis vindiciarum, in Bezug auf welche Gai. IV. 89. sagt: der Besitzer müsse „cum satisdatione cavere".

68) Fest. s. v. vindiciae.

69) Fest. s. v. vindiciae. — — et in XII: Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor tres arbitros dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito. Die Stelle ist zwar lückenhaft; sie beweist aber trotz ihrer Lücken das im Texte Erwähnte klar. Zur Ausfüllung der Lücken sind verschiedene Vorschläge gemacht

2) Das Präjudicium. Einleitung desselben. Dieser Theil des Verfahrens hat seinen Ausgangspunkt in der Erklärung der Parteien, daß und worüber sie streiten wollen (Litiscontestation), seinen Endpunkt in dem Ausspruche des Richters, wodurch der erklärte Streit entschieden wurde. Zwischen beiden Punkten liegt das iudicium, welches den Parteien Gelegenheit geben soll, unter Leitung des iudex ihre Intention durch Thatsachen zu begründen und die bestrittenen Thatsachen zu beweisen. Da hier vorzugsweise vom Verfahren die Rede ist, so wird blos von der Pflicht der Parteien zur Fortsetzung des Verfahrens (Defension) und den die contumacia treffenden Nachtheilen die Rede sein, während, was die factische Begründung der Klage, die Vertheidigungsmittel, den Beweis anlangt, die behufigen Erörterungen dem dogmatischen Theile vorbehalten bleiben. Die Einleitung des Präjudicium hat einen materiellen und einen formellen Bestandtheil. Der formelle besteht in der Einkleidung des Streitpunktes in die provocatio ad sacramentum. Es fordert nämlich eine Partei wechselsweise die andere auf, die Sacramentssumme unter der Bedingung zu versprechen, daß ihre (der Gegenpartei) Intention nicht zu Recht bestehe. Da nun das Verhältniß der Parteien zu einander gewöhnlich das ist, daß die eine einen Anspruch erhebt, welchen die andere einfach bestreitet, so ist wohl die regelmäßige Form der Provocation die von Valerius Probus mitgetheilte: Quando negas (etwa: te fundum dare oportere), sacramento quingenario te provoco, und von der anderen Seite: Quando ais, neque negas — similiter ego te sacramento quingenario provoco[70]).

---

worden. Cuiac. Obs. Lib. V. cap. 21. füllt die erste Lücke mit den Worten aus: rei sive litis Praetor, unter Verweisung auf die im römischen Sprachgebrauche übliche Verbindung von res und lis (Varro, de L. L. Lib. VII. p. 370. ed. Mueller. Cic. pro Murena cap. 12. fin.), geht aber dabei von der durch die neueren Vergleichungen der Handschrift widerlegten Voraussetzung aus, daß auch vor „si" eine Lücke sei. L. O. Müller vermeidet diesen Einwand, indem er mit geringer Aenderung des Textes zu lesen vorschlägt: stlitis vindiciarum Praetor. Wetzell a. a. O. S. 32 will sich bei dem Texte, wie er vorliegt, beruhigen und nach „sit velit is" einschieben „qui vicit, Praetor", so daß an die Wahl erinnert würde, welche der siegreiche Kläger zwischen dem Besitzer und dessen Bürgen hat, in ähnlicher Weise wie dies von Gai. IV. 89. und 169. geschieht. Unter diesen Ergänzungsversuchen verdient der letzte den meisten Beifall. Die zweite Lücke vor „fructus" schlägt Wetzell vor, mit dem Worte „neglecti" auszufüllen, ein Ausdruck, welcher ebensowohl die aus Nachlässigkeit nicht percipirten, als die nach der Perception abhanden gekommenen Früchte bezeichnet. Denn nur diese sind es, nicht die vorhandenen, welche der Richter zu dupliren hat, wie aus Paul. Sent. Lib. I. Tit. 13. B. §. 8. hervorgeht. Die Verpflichtung zur Leistung der doppelten Früchte auf den unredlichen Besitzer zu beschränken, wie Gothofredus ad L. 1. Th. C. IV. 18. will, ist kein Grund vorhanden. Im Gegentheile achtet die erwähnte Stelle des Theodosischen Codex, eine Verordnung von Valentinian I. und Valens vom J. 369, den Besitzer in gutem Glauben nach der Litiscontestation dem praedo bezüglich des duplum gleich, stellt ihn nicht erst gleich.

70) Diese Formeln finden sich bei Valerius Probus: Q. N. T. S. Q. P. und: Q. A. N. N. Siehe auch Varro, de L. L. Lib. V. p. 180. ed. Mueller.

Nun giebt es aber Rechte, welche absolut wirken und zugleich so ausschließlicher Natur sind, daß, wenn das Recht des Einen begründet ist, ein gleiches Recht bei einem Anderen nicht denkbar ist. Rechte dieser Art sind das Eigenthum, das Erbrecht. Bei diesen Rechten hat sich die eigenthümliche Form der Provocation gebildet, daß von jedem Theile der Verlust der Sacramentssumme an den mißlungenen Beweis seines Rechtes geknüpft wird. Hierauf beruht die Darstellung, welche Gajus[71]) bei der Vindication eines Sclaven giebt: Deinde, qui prior vindicaverat, dicebat: Quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco. Adversarius quoque dicebat: Similiter ego te. Der materielle Bestandtheil des einleitenden Verfahrens besteht in der Erklärung der Parteien, daß und worüber sie streiten wollen, bildet also die Voraussetzung der Provocation. Ein Zusammenstoßen der Parteien wird dadurch veranlaßt, daß beide an demselben Gegenstande dasselbe Recht beanspruchen. Dies ist es daher, was sie vor dem Prätor durch Worte und Symbole erklären. Wäre, wie es im späteren Processe geschah, die Vindication gegen den Besitzer des Streitgegenstandes gerichtet worden, so würden die Parteien ihre Absicht zu streiten, bei dem Eigenthum und Erbrechte ebenso wie bei anderen Rechten erklärt, der Kläger sein angebliches Recht in Anspruch genommen, der Beklagte dasselbe verneint haben. Im älteren Processe hingegen gilt vor Ertheilung der Vindicien kein Theil als Besitzer der vor Gericht gegenwärtigen und der Verfügung des Prätors anheimgestellten Sache. Es ist also die Erklärung der Streitabsicht nicht anders möglich, als so, daß jeder Theil selbst Eigenthümer oder Erbe zu sein behauptet und dadurch das Recht des anderen Theiles an diesem Gegenstande leugnet. Die Gegenwart des Streitgegenstandes ist hierbei das eigentlich Entscheidende. Sie macht sich deshalb auch in der Form geltend, in welcher die Streitabsicht verkündigt wird. Denn erstens erhebt sie die Identität des Rechtsobjectes sofort über allen Zweifel; die Parteien deuten mit einem einfachen „hunc" auf den Gegenstand hin. Zweitens ist sie nothwendig zur symbolischen Bezeichnung des Rechtes, welches die Parteien geltend machen, indem von jeder mit den Worten: Aio hunc hominem meum esse ex iure Quiritium eine Lanze als Zeichen des wahren Eigenthums an den streitigen Gegenstand gelegt wird. Und wie drittens in dem gegenseitigen Aussprechen jener Worte der Widerstreit der behaupteten Rechte sich kund giebt, so erscheint dieser bildlich in dem gleichzeitigen Anfassen und Ansichreißen des Streitgegenstandes. Hier concentrirt sich das Wesen des ganzen Actes, weshalb er mit dem Kunstausdrucke „manum conserere" bezeichnet wird[72]). So zweckmäßig und einflußreich nun aber die Gegenwart des Streitgegenstandes auf der einen Seite war, so unbequem mußte sie doch nothwendig erscheinen,

---

71) Gai. IV. 16.
72) Gell. Noct. Att. Lib. XX. cap. 10.

seitdem die Grenzen des römischen Gebietes sich weithin ausgedehnt hatten, da zu Grundstücken und anderen Gegenständen, welche sich nicht wohl vor Gericht schaffen ließen, der Prätor mit den Parteien jedesmal hingehen mußte. Um dies zu vermeiden, bildete sich die Sitte, daß nur die Parteien in Gegenwart von Zeugen [73]) zur Sache gingen, dort den Vindicationsact vornahmen und nach der Rückkehr zum Prätor an einem mitgebrachten Stücke wiederholten. Dieses Stück nannte man als Repräsentanten der ganzen Sache ebenfalls vindiciae [74]). Nach den von Gellius eingezogenen alten Nachrichten erschienen die Parteien in einem solchen Falle zuerst vor dem Prätor, forderten sich zu dem Gange mit fest bestimmten Worten auf („ex iure manum consertum vocare") und gingen dann wirklich zu dem Streitgegenstande hin. Zu Cicero's Zeit hatte sich aber die Praxis schon freier gestaltet. Man ging vorher zu dem Streitgegenstande, brachte ein Stück desselben mit und nahm die Aufforderung vor dem Prätor nur zum Scheine vor [75]). — Defension. Ist die eine Partei vom Prätor zum Besitzer gemacht worden, so könnte sich diese zunächst vollkommen beruhigen, weil sie sich factisch in dem Zustande befindet, welchen sie ihrem angeblichen Rechte entsprechend findet. Da jedoch das angeordnete Provisorium mehrfach beschränkend ist, so hat sie gewiß ein Recht zu verlangen, daß ihre Ansprüche durch Urtheil definitiv anerkannt werden. Noch mehr aber ist jedenfalls der andere Theil dabei interessirt, den Proceß zu Ende zu bringen, um einen dem jetzigen Zustande entgegengesetzten herbeizuführen. Es kann aber keiner Partei die Verzögerung der Sache verstattet sein; es müssen gegen den Säumigen Rechtsnachtheile realisirt werden können. Die Einleitung eines Rechtsstreites kann keine gewissen Formen verlangen, wenn nicht für die Parteien eben daraus ein gegenseitiges Recht auf ordnungsmäßige Vertheidigung entstände. In der That, sobald über Eigenthum und Erbrecht nicht ohne das Gelöbniß eines Sacramentum gestritten werden darf, muß sich an eben diese Form, soll sie anders von rechtlicher Bedeutung sein, der Schutz der redlichen Partei gegen die ungehorsame und chicanöse knüpfen. Die im alten römischen Rechte zu diesem Ende getroffenen Bestimmungen sind folgende. Die Verhandlung im iudicium geschah in einzelnen Terminen. Gleich den ersten setzten die Parteien nach angeordnetem iudicium auf den dritten Tag fest [76]); erschien hier eine derselben nicht, so sprach der Richter, wie es scheint, ohne weiteren Beweis zu Gunsten des Anwesenden. Dies ist es, was folgende Bestimmung der 12 Tafeln anordnet: Ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito, cum perorant

73) „Superstitibus praesentibus." Cf. Cic. pro Murena cap. 12. Superstites heißt so viel als testes. Vgl. Fest. s. v. Superstites.

74) Fest. s. v. Vindiciae.

75) Cic. pro Murena cap. 12. giebt die hierbei üblichen Formeln näher an.

76) Gai. IV. 15. Ascon. ad Cic. in Verr. I. 9. Vgl. Fest. s. v. res comperendinata; Cic. pro Murena cap. 12. Gell. Noct. Att. Lib. XIV. cap. 2.

ambo praesentes. post meridiem praesenti stlitem addicito. sol occasus suprema tempestas esto. Sind beide Parteien anwesend, so kann vor Mittag die Verhandlung beginnen; ist bis zu Mittag nur Eine Partei erschienen, so soll dieser das streitige Recht zugesprochen werden; über Sonnenuntergang hinaus ist keine Verhandlung gestattet. Dies ist unbestritten. Dagegen ist Streit darüber, von welchem Richter eigentlich die Rede sei, ob von dem Prätor oder von dem iudex. Die stärkeren Gründe sprechen für den letzteren[77]. — Das Urtheil. Nach einer Reihe von Beispielen kann angenommen werden, daß der Gegenstand des Urtheils formell die Entscheidung der Frage war, welche Partei mit Recht, welche mit Unrecht das Sacramentum geleistet oder, was dasselbe ist, zur Leistung des Sacramentums aufgefordert hatte[78]. Jedenfalls wurde durch das Urtheil über das Sacramentum zugleich über das Recht der Parteien geurtheilt; und dies ist der materielle Inhalt des Urtheils.

3) Die Verbindlichkeit aus dem Urtheile. Wenn das Urtheil zu Gunsten dessen ausfiel, welchem der Prätor die Vindicien gegeben hatte, so war die Sache zu Ende; es war durch jene anticipirte Execution der nachfolgenden vorgebeugt. Hier wirkte der Spruch ganz so, wie bei persönlichen Klagen die Absolution. Was den anderen Fall betrifft, wenn die Vindicien demjenigen ertheilt worden waren, dessen Sacramentum für ungerecht erklärt worden ist, so mußte ein solches Urtheil die Verbindlichkeit zur Restitution des Streitgegenstandes nebst allen Accessionen hervorbringen und damit die Frage anregen, wie dieselbe geltend zu machen sei. Dagegen, daß solche durch richterliche Hilfe realisirt worden sei, spricht für den hier in Frage stehenden Proceß durch legis actiones folgender Grund. Durch die richterliche Anerkennung des Eigenthums ist der durch Sacramentum eingeleitete Rechtsstreit zu Ende; sollte die Thätigkeit des Prätors von neuem in Anspruch genommen und zu gewaltsamer Rückerstattung des Besitzes veranlaßt werden, so hätte es dazu einer eigenen legis actio beburft; unter den fünf uns bekannten legis actiones ist aber keine im Stande, die Bitte um natürliche Execution des gefällten Spruches in sich aufzunehmen. Es scheint also der einzige, dem Sieger offen stehende Weg, um zu seinem Ziele zu gelangen, der gewesen zu sein, daß er sich auf eigene Hand und nöthigenfalls mit Gewalt in Besitz der ihm zugesprochenen Sache setzte.

BBB. Vom Verfahren per sponsionem. Gegen das Ende des Freistaates hat in Eigenthums- und Erbschaftsstreitigkeiten ein neues Verfahren neben dem alten Platz genommen. Statt zum Sacramentum forderten sich die Parteien zu einer Sponsion auf, durch welche eine be-

77) Vgl. Wetzell a. O. S. 55—57.

78) Cic. pro Milone cap. 27. de Orat. I. 10. pro domo cap. 29. pro Caecina cap. 33. Arnob. adv. gentes lib. IV. p. 81. ed. Elmenh. Die Stellen sind abgedruckt bei Wetzell a. a. O. S. 59.

stimmte Geldsumme unter der Bedingung versprochen wird, daß sich die Behauptung des streitigen Rechtes vor dem Richter nicht rechtfertigen würde. — Eigenthümlichkeiten dieses Verfahrens. 1) Was die Verleihung der Vindicien betrifft, so fragt es sich, ob dieselbe in diesem Verfahren fortbestanden habe, da Gellius[79]), wenigstens für seine Zeit, die Anwendung der manus conserlae ausdrücklich auf die Vindication per legis actionem beschränkt. Für die Bejahung spricht, daß Cicero dem Verres einen Hauptvorwurf daraus macht, daß letzterer in seinem Edict die Verpflichtung zur Sponsionsleistung einfach an den Besitz geknüpft habe, ohne der Frage Raum zu geben, wer der Besitzer sein müsse[80]). Ein anderer Grund für die Bejahung liegt in einer Nachricht der classischen Juristen über das Verfahren per formulam petitoriam, wornach es dieser eigenthümlich sein soll, daß der iudex untersucht, ob der Beklagte besitze[81]). Als Gegensatz ergiebt sich, daß bei den übrigen Einleitungsformen es Sache des Prätors war, über den Besitz zum Voraus eine Verfügung zu treffen. Nur in Einem Punkte ist mit der Ertheilung der Vindicien eine Veränderung vorgegangen. In dem alten, durch die 12 Tafeln eingeführten Verfahren haftet der Besitzer für dolose Handlungen nicht infolge eines besonderen Versprechens, sondern unmittelbar auf gesetzliche Vorschrift. Er leistet daher selbst kein Versprechen, sondern läßt zur Sicherung des Gegners nur die Bürgen (praedes) ein solches leisten. Da das neue Verfahren auf künstlicher Anwendung von Formen beruht, welche dem Vindicationsprocesse ursprünglich fremd sind, so war auch wegen Abwendung des dolus künstlich Vorsorge zu treffen. Der Besitzer leistet unter Zuziehung von Bürgen eine Stipulation, welche jene gesetzlichen Verbindlichkeiten und namentlich die Pflicht zum doppelten Ersatze der Früchte in sich aufnimmt. Diese Stipulation hieß stipulatio pro praede litis vindiciarum. Nach der Entscheidung über das Eigenthum erhält der Sieger aus ihr eine actio ex stipulatu. 2) Das Präjudicium ist eigentlich der Theil des Verfahrens, welcher allein wesentliche Veränderungen erlitten hat. Aber auch diese sind dem Sinne der Römer für althergebrachte Formen gemäß von der Art, daß sie, auf das Nothwendige beschränkt, an den ursprünglichen Zustand erinnern. Was zuvörderst die auf Feststellung des Streitpunktes gerichtete Einleitung des Präjudicium betrifft, so lag der formelle Bestandtheil derselben in einer Sponsion, durch welche der Besitzer eine beliebige Summe — Gajus nennt beispielsweise die Summe von 25 asses[82]), — unter der Bedingung versprach, daß der Gegner Eigenthümer des Streitgegenstandes sein würde. Hätte man sich in diesem Punkte streng an das alte Verfahren angeschlossen, so hätten beide Theile die Sponsionssumme geleistet,

79) Gell. Noct. Att. Lib. X. cap. 20.
80) Cic. in Verr. II. 1. c. 46.
81) Cf. L. 9. pr. L. 36. pr. D. 6. 1.
82) Gai. IV. 93.

wie es in der That im Interdictsprocesse geschah; da aber die Sponsionssumme keine Strafe für den unterliegenden Theil sein sollte und deshalb gar nicht eingefordert wurde, so konnte eine Vereinfachung dadurch bewirkt werden, daß man die Leistung der Sponsion der Ertheilung der Vindicien nachfolgen ließ und nunmehr dem zum Besitzer Bestimmten allein abverlangte. Jene Umsetzung nun geht aus einer Stelle des Cicero hervor[83]), und daß nur von einer Seite die Sponsion geleistet worden sei, bemerkt Gajus mit Rücksicht auf deren rein präjudicielle Natur[84]). Damit war aber nicht die durchgängige Zweiseitigkeit der einleitenden Proceßhandlungen, welche eine der hauptsächlichsten Eigenthümlichkeiten des früheren Processes bildet, aufgegeben. War gleich ein bedeutender Schritt zur Einseitigkeit des späteren Verfahrens durch jene Aenderung geschehen, so ist doch, so lange die Ertheilung der Vindicien fortdauert, ein gegenseitiges Behaupten von Eigenthum (oder Erbrecht), ein „vindicare" und „contravindicare", schon deshalb nothwendig, weil darin die Bitte um Verleihung des Besitzes enthalten ist. Dasselbe muß also fortwährend der ganzen Verhandlung vorausgegangen sein, obwohl es nicht mehr mit den alten feierlichen Formeln und Symbolen, sondern, wie es der Formularproceß mit sich bringt, in freier ungebundener Weise geschah. Die „vis festucaria", die „manus consertae" sind verschwunden. Nur die Gegenwart des Streitgegenstandes hat sich erhalten; sie ist nicht nur wegen der Ertheilung der Vindicien nothwendig, sondern dient zugleich, wie früher, als natürlichste Bezeichnung des streitigen Gegenstandes. Bei den unbeweglichen Sachen, deren Gegenwart schon längst nicht mehr verlangt worden war, kam hier die deductio, quae moribus fit, vor. Darüber ist folgendes zu bemerken. Man konnte sich der Gegenwart des Streitgegenstandes sowohl durch die actio ad exhibendum, als durch das gewaltsame Ergreifen desselben, welches den Besitzer nöthigte, hervorzutreten und die Vertheidigung zu übernehmen, versichern. Dies ist so zu denken[85]). Derjenige, welcher nicht besaß, ergriff den Streitgegenstand, lud jedoch, um nicht als Störer des öffentlichen Friedens zu erscheinen, den Besitzer ein, mit ihm vor Gericht zu erscheinen. Ein Beispiel hiervon bietet der Proceß der Virginia[86]). Konnte der Besitzer nicht gleich mitgehen, so sicherte er den Gegner durch Vadimonium. Grundstücke nur konnten die Parteien nicht mit vor den Prätor nehmen. Hier zeigte der Besitzer die Bereitwilligkeit, dem Rufe zu folgen, einfach dadurch, daß er den eingedrungenen Vindicanten vom Grundstücke weg zum Prätor führte, um dem Streite einen ordnungsmäßigen Verlauf zu geben. Der Dedu-

---

83) Cic. in Verr. II. 1. 45.

84) Gai. IV. 94.

85) Vgl. Wetzell a. a. O. S. 83 flg.

86) Nach der Erzählung bei Liv. III. 44. beschwichtigte M. Claudius, als er Hand an die Virginia gelegt hatte, die aufgeregte Menge mit der Erklärung: se iure grassari, non vi", und forderte sofort die Jungfrau vor Gericht.

cirende war also der geladene Besitzer, welcher nöthigenfalls Vadimonium leistete, der Deducirte der Kläger, ohne daß daraus für die Parteirollen während des Processes etwas gefolgert werden dürfte. Nachdem das „ex iure manum consertum vocare“ als ein reeller Act abgekommen war, wurden wahrscheinlich bei Gelegenheit der deductio auch die vindiciae vorgenommen, um sie nachher, wenn der Prätor sein „inite viam“ sprach, sofort in Bereitschaft zu haben. Dieses Verfahren ist es, welches mit geringen Abänderungen in den Sponsionsproceß übergegangen ist und gerade hier unter dem Namen „deductio“ als eine auf der Sitte beruhende Einleitungshandlung vorkommt. Wenigstens ist es höchst wahrscheinlich, daß die in den Reden Cicero's pro Caecina und pro Tullio [87]) erwähnte deductio zu einer Sponsion überzuleiten bestimmt war. Eine Abänderung aber hat die Handlung dadurch erfahren, daß die Parteien zur Vermeidung des Anstößigen der gewaltsamen Occupation, unter Beirath ihrer Freunde einen Tag zu verabreden pflegten, an welchem sie sich bei dem streitigen Grundstücke treffen und Gewalt und deductio in Frieden vornehmen wollten [88]). Nunmehr war der Act symbolischer Natur [89]), er vertrat das „ex iure manum consertum vocare“, und sein praktischer Zweck war, die Identität des Streitgegenstandes durch unmittelbare körperliche Nähe festzustellen [90]). — Der weitere Verlauf des Verfahrens nach Einleitung des Präjudicium hat nichts Besonderes. Auch im Sponsionsprocesse knüpft sich an die gewählte Form der Einleitung die Verpflichtung zur gehörigen Vertheidigung, sowie die Folge des Ungehorsams zunächst im sofortigen Verluste der Sache bestand. Dies ergiebt sich aus dem von Cicero in den Reden gegen Verres erzählten Processe des Heraclius [91]). Später kommt eine aus einer milderen Rechtsansicht hervorgegangene Aenderung vor. Es soll nicht mehr ohne weiteres zu Gunsten der gegenwärtigen Partei entschieden, sondern eine richterliche Untersuchung vorgenommen werden, deren Ergebniß auch ein dem Abwesenden günstiges sein kann [92]). — Das Urtheil über Eigenthum und Erbrecht bestand

---

87) Cic. pro Caecina cap. 1. 7. 8. 10. 11. 12. 32.: pro Tullio cap. 20.

88) Cic. pro Caecina cap. 7.

89) Dies beweisen die Ausdrücke „moribus vim fieri“ (Cic. pro Caec. cap. 1.), „ex conventu vim fieri“ (cap. 8. eod.).

90) Eine mit der von Wetzell versuchten nahe verwandte Erklärung der deductio giebt Keller, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XI, Nr. 9, S. 287 flg. und Semestr. II. p. 369. Er bezieht die deductio auf das Verfahren per sponsionem und nimmt an, sie habe die alte „vis festucaria“ ersetzt und, wie diese, die Anordnung der Parteirollen zum Ziele gehabt. Nur hätten zur Geschäftserleichterung des Prätors die Parteien allein unter sich den ganzen Act abgemacht, indem dieselben durch freie Uebereinkunft bestimmt hätten, wer besitzen, wer klagen solle. Sie habe daher niemals dann Anwendung gefunden, wenn der Besitz zweifelhaft gewesen sei. Wetzell a. a. O. S. 85 vermißt an dieser Ansicht nur die lebendigere historische Beziehung auf den älteren Proceß.

91) Cic. in Verr. II. 2. cap. 14 sq.

92) Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. S. 285.

der Form nach, wie im alten Processe, nur in einer Entscheidung über die aus der Sponsion hervorgehende Obligation, womit aber der Sache nach über das eigentlich streitige Recht entschieden wurde; denn nur wenn dieses begründet befunden wurde, kann aus der Sponsion eine Verurtheilung gegen den Beklagten ausgesprochen werden.

3) Geltendmachung des Urtheils; Ueberleitung zum Verfahren per formulam petitoriam. Was die Geltendmachung des Urtheils anlangt, so war aus den früher angegebenen Gründen wohl auch hier die Gewalt des Siegers gegen den Besitzer zulässig. Die Gewalt wurde durch das Urtheil gerechtfertigt, welches, wenn es auch der Form nach nur auf Leistung der Sponsionssumme ging, doch der Sache nach über die Existenz des Eigenthums entschied. Wo Privatgewalt nicht ausreichte oder verschmäht wurde, schritt der Prätor mit einem der ihm überhaupt gegen ungehorsame Parteien zu Gebote stehenden Executionsmittel ein. Er hatte die Wahl zwischen manus iniectio und missio in bona. Gegen erstere als das dem Civilrechte angehörige Executionsmittel sprach aber die Form des Verfahrens, welches nicht auf gesetzlicher Vorschrift, sondern auf freier Uebereinkunft der Parteien beruhte. Deshalb bediente er sich wohl nur der durch das Edict eingeführten missio in bona, um den Beklagten zur Restitution oder, wie sich die Sache processualisch nun wohl immer gestaltete, zur Leistung der cautio iudicatum solvi, welche einem arbitrium de lite aestimanda zur Grundlage dienen sollte, indirect zu nöthigen. So hatte also das Verfahren per sponsionem im wesentlichen dieselben Grundlagen und denselben Verlauf, wie das per sacramentum eingeleitete Verfahren. Nur war es einfacher und darum bildungsfähiger. Dies zeigt sich besonders darin, daß der Abkürzung wegen die Verleihung der arbitria mit der Einleitung des Processes durch Sponsionsleistung vereinigt werden konnte, indem der Prätor dem iudex neben der auf der Sponsion beruhenden Formel zwei andere gab, wodurch er denselben anwies, einmal im Falle verweigerter Restitution (contumacia) den Streitgegenstand, sodann jeden durch den Dolus des Beklagten entstandenen Schaden zu schätzen. Diese Einrichtung ist allerdings deshalb auffallend, weil Ansprüche in iudicium deducirt werden sollen, welche noch gar nicht verfallen sind; denn das der litis aestimatio zu Grunde liegende Judicat ist ja erst zu erwarten, und der Dolus, welcher der Beurtheilung des Richters unterliegen soll, ist noch nicht begangen, wird nur im Laufe des Processes möglich gedacht. Für die erwähnte Einrichtung spricht aber entschieden die von Wetzell geltend gemachte Analogie des Interdictsprocesses. Gajus[93]) berichtet nämlich in seiner Darstellung des bei den exhibitorischen und restitutorischen Interdicten zu beobachtenden Verfahrens, daß, wenn Sponsion und Restipulation geleistet und die daraus entspringenden Formeln abgefaßt seien, der Kläger sofort ein

93) Gai. IV. 165., eine allerdings lückenhafte Stelle.

weiteres „iudicium de re restituenda vel exhibenda“ erbitte, welches ihm, wenn er mit der Sponsion durchdringe und der Beklagte doch nicht restituire, die litis aestimatio verschaffen soll [94]). Da nun hier das Conditionalverhältniß, in welchem iudicium und arbitrium stehen, die Verbindung beider nicht gehindert hat, so kann auch im Eigenthumsprocesse nicht wohl ein Anderes gegolten haben. Folgendes Bedenken läßt sich jedoch gegen diese Analogie erheben. Wenn der Prätor im Eigenthumsprocesse nach Ertheilung der vindiciae mit dem Präjudicium zugleich die arbitria verlieh, so waren dadurch keineswegs die Cautionen erspart, welche nach wie vor ihre herkömmlichen Functionen zu versehen hatten. Der Besitzer mußte also neben der stipulatio pro praede litis vindiciarum die cautio iudicatum solvi leisten, diese, um die Restitution des noch vorhandenen Streitgegenstandes zu sichern, jene gegen eine mögliche Veräußerung, Vernichtung, Verschlechterung desselben sowie gegen Vernachlässigung der Früchte. In jener Darstellung des Gajus ist aber keine dieser Cautionen erwähnt, auch die letztere nicht, obwohl es scheint, daß dieselbe gleiche Berechtigung wie im Eigenthumsprocesse gehabt haben würde, wenn man das arbitrium wirklich auf das aus der Sponsion zu ertheilende Urtheil gestützt hätte. Allein wenn einmal feststeht, daß im Interdictsprocesse das iudicium de re restituenda wirklich unter einer Bedingung gegeben wird, welche mit der siegreichen Durchsetzung der präjudiciellen Klage eintritt, so ist gerade das bewiesen, worauf es hier ankommt, und umgekehrt eine Erklärung dafür zu suchen, warum im Interdictsprocesse die cautio iudicatum solvi nicht verlangt worden sei. Diese Erklärung ist in Folgendem zu finden. Der Richter, welcher beurtheilt, ob die Voraussetzungen des prätorischen Befehles vorhanden seien, fällt eigentlich kein Urtheil, sondern spricht nur einen Befehl im concreten Falle aus, welcher in allgemeiner Form vom Prätor bereits durch das Edict ausgesprochen worden ist. Prätorische Befehle aber können nicht eigentliche Executionsmittel zur Folge haben; giebt also der Prätor zur Verwirklichung seines Befehles ein arbitrium de re restituenda, so geschieht dies nicht, um von dem Besitzer die Folgen der manus iniectio oder missio in bona abzuwehren, sondern vielmehr, um weiterhin auf Grund eines richterlichen Urtheils den Weg ordnungsmäßiger Execution einschlagen zu können. Es liegt mithin zu besonderer Sicherstellung des Klägers keine Veranlassung vor. Daß hierin der wahre Grund jener Verschiedenheit liegt, geht anschaulich aus einem anderen Beispiele hervor. Die Behandlung der interdicta retinendae possessionis hatte das Eigenthümliche, daß bei Einleitung des Processes der Besitz interimistisch derjenigen Partei gegeben wurde, welche auf den

---

94) Huschke, Studien des röm. Rechtes S. 8, denkt sich dieses iudicium so concipirt: Iudex esto. Si paret, Numerium Negidium Aulum Agarium contra edictum illius Praetoris eo, unde deiectus esset, non restituisse, nisi arbitrio tuo restituit, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, quanti ea res est, condemna.

Fall ihres Unterliegens die höchste Ersatzsumme für die dem anderen Theile entzogenen Früchte bot. Erkannte nun der Richter denjenigen für den besseren Besitzer, welcher das geringere Gebot gethan hatte, so wurden ihm in der Sache selbst, d. h. abgesehen von den Strafklagen, zwei iudicia gegeben, eins auf Erlangung des Streitgegenstandes (iudicium Cascellianum oder secutorium), ein anderes auf Ersatz der gezogenen Früchte (iudicium fructuarium oder secutorium), und dieses soll durch cautio iudicatum solvi eingeleitet werden[95]. Im Gegensatze zu den übrigen Fällen ist hier das Verlangen einer solchen Sicherstellung auffällig; warum wird sie nicht ebenso bei dem iudicium Cascellianum, warum nicht bei dem erwähnten iudicium de re restituenda gefordert? Die Lösung ist folgende. In Bezug auf die Sache erscheint der auf Sponsion und Restipulation beruhende Spruch des Richters wieder nur als ein auf den concreten Fall angewendeter prätorischer Befehl, und wird durch diesen der interimistische Besitzer zur Restitution des Besitzes an den Gegner verpflichtet, so ist er doch als iudicatus nicht zu betrachten. Gerade dadurch, daß der Prätor eine provisorische Verfügung trifft, spricht er aus, daß der Besitz seiner Verfügung vorbehalten bleibe und durch seine Macht nach Maßgabe des richterlichen Spruches dem Sieger zu übermachen sei. Anders dagegen verhält es sich mit den Früchten. Wenn der „qui fructus licitatione vicit" als jetziger Besitzer (auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Processes gesehen) nicht anerkannt wird, so liegt darin implicite das Urtheil, daß er die inzwischen gezogenen Früchte mit Unrecht bezogen, also dem anderen Theile herauszugeben habe. Nur findet hier das Besondere statt, daß diese Früchte in das Eigenthum des Besitzers übergegangen sind, welcher durch die prätorische Einweisung einen gerechten Grund des Besitzes erhalten hat[96]. Und deshalb kann der Prätor über dieselben nicht wie über die Sache verfügen; vielmehr hat der Richter, soweit der präjudicielle Spruch sie stillschweigend mit umfaßt, in Wahrheit ein Urtheil gefällt, welches durch eine actio in factum geltend gemacht, der Regel gemäß, Leistung der cautio iudicatum solvi verlangt[97]. Damit ist dann auch der Grund angegeben, warum die cautio iudicatum solvi bei den exhibitorischen und restitutorischen Interdicten nicht vorkommt, obgleich auch bei ihnen ebenfalls über die Früchte gesprochen wird. Der Beklagte besitzt hier während der präjudiciellen Untersuchung nicht unter Auctorität des Prätors und bringt deshalb die inzwischen gezogenen Früchte nicht in sein

95) Gai. IV. 169.

96) L. 11. D. 41. 2.: Iuste possidet, qui auctore Praetore possidet.

97) Daß das Urtheil, von welchem hier die Rede ist, nicht ein in seinen Bedingungen dem Civilrechte entsprechendes ist, ergiebt sich daraus, daß nicht die actio iudicati, sondern eine actio in factum gegeben wird. Eine wirkliche res iudicata verlangte in späterer Zeit vor Allem eine Verurtheilung auf eine Geldsumme, welche hier fehlt. Die Sache ist vielmehr so zu denken, wie im älteren Eigenthumsprocesse, nur mit dem Unterschiede, daß dort das Präjudicium auf dem Civilrechte beruht und deshalb civilrechtliche Wirkungen hat.

Eigenthum. So kommt es, daß, wie die Hauptsache, so auch die Früchte als reine Accessionen derselben fortwährend der Verfügung des Prätors unterliegen. Um auf den hier vorliegenden Gegenstand zurückzukommen, so war von der Stufe, auf welcher das Verfahren soeben dargestellt worden ist, der Fortschritt zu der letzten Entwickelung des Vindicationsprocesses, welche den in Justinian's Compilation enthaltenen Nachrichten allein zu Grunde liegt, leicht. Wie erwähnt, gliederte sich das Verfahren nach Verleihung der Vindicien in drei iudicia, welche zu gleicher Zeit angeordnet werden konnten: 1) ein iudicium, welches unter Zugrundelegung einer Sponsion auf Untersuchung des Eigenthums gerichtet war, ein wahres Präjudicium; 2) ein arbitrium, gestützt auf die mögliche contumacia des Besitzers, eingeleitet durch cautio iudicatum solvi; 3) ein anderes arbitrium, welches auf Schätzung und Ersatz des durch den Dolus des Besitzers zugefügten Schadens gerichtet war, eingeleitet durch die stipulatio pro praede litis vindiciarum. Hatte man sich bei dieser verkürzten Form des Verfahrens darüber hinweggesetzt, daß über noch gar nicht gefällige Ansprüche Klagformeln gegeben wurden, so konnten weitere sehr zweckmäßige Veränderungen vorgenommen werden. Man konnte dem Processe jenes arbitrium zu Grunde legen, welches im Falle verweigerter Restitution wegen Schätzung des Streitgegenstandes gegeben wurde, und in dasselbe die bisher durch Sponsion zur Entscheidung gebrachte Eigenthumsfrage als Bedingung der Verurtheilung aufnehmen. Alsdann blieb nur das arbitrium de dolo zurück. Da sich aber auch dieses mit Schätzung des Streitgegenstandes beschäftigte, wenngleich nach einer anderen Seite hin, so ließ sich dasselbe sehr wohl in der Weise beifügen, daß nicht auf die contumacia allein, sondern zugleich auf den Dolus des Beklagten die Condemnation gestellt wurde [98]. In gleicher Weise gestaltete sich die dem ganzen Verfahren nunmehr zu Grunde gelegte cautio iudicatum solvi, welche, wie später zu zeigen sein wird, zu ihrem alten Inhalte, der clausula iudicatum solvi, das Versprechen rechter Vertheidigung (clausula de re defendenda) und eine Entsagung auf jede Arglist und Gefährde (clausula de dolo) aufnahm [99]. Dieses Verfahren galt bereits zur Zeit von Cicero; derselbe erwähnt es für den Eigenthumsproceß, während er für Erbschaftsstreitigkeiten nur das Verfahren per sacramentum und per sponsionem als zulässig zu bezeichnen scheint [100]. Nach der Bemerkung des Asco-

98) Die dem iudex ertheilte Formel lautete nun etwa so: L. Octavius iudex esto. Si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium Publii Servilii esse, neque is fundus P. Servilio restituetur, aut quid dolo malo Lucii Titii factum erit, quanti ea res est, L. Titium P. Servilio condemna. Von Cic. in Verr. II. 2. cap. 12. wird diese Formel bis zu den Worten „aut quid", abgesehen von einer Aenderung in den Namen der Parteien, wörtlich mitgetheilt. Der folgende Satz ist einzuschieben, weil die Erwähnung des Dolus bei Cicero fehlt und doch nothwendig ist. Vgl. Wetzell a. a. O. S. 96, N. 1.

99) L. 6. D. 46. 7.

100) Cic. in Verr. II. 1. cap. 45.

nius dazu ist die Sponsion bald auf eine bestimmte Geldsumme, bald auf die litis aestimatio gestellt worden. Darf man dieser Nachricht trauen, so wäre unter dem Sponsionsverfahren das Verfahren per formulam petitoriam mit begriffen, weil es das einzige ist, welches durch eine auf die litis aestimatio gerichtete Stipulation (eben jene cautio iudicatum solvi) eingeleitet wurde. Aus den angedeuteten Veränderungen ergeben sich weitere Consequenzen so eingreifender Art, daß denselben eine bedeutende Mitwirkung bei Herbeiführung jener letzten Umwandelung zugeschrieben werden darf. Dahin gehört besonders die Abschaffung des „vindicias dare". Dieses hatte theils seine wahre Bedeutung durch Einführung der Interdicte schon verloren, theils hatte es durch die nothwendige Gegenwart des Streitgegenstandes manche Unbequemlichkeiten, von welchen diejenige nicht die geringste war, daß der Kläger nöthigenfalls durch einen besonderen Rechtsstreit dessen Vorzeigung erwirken oder den Besitzer mit Gewalt zur Vertheidigung reizen mußte. Indem nun das neue Verfahren jenes arbitrium de re restituenda aufstellte, welches die präjudicielle Frage in sich aufnahm, war der Vindicant dem Besitzer gegenüber in gleicher Lage, als ob der erste Theil des Verfahrens bereits abgelaufen sei und nunmehr vom Unterliegenden die Herausgabe des von ihm besessenen Streitgegenstandes verlangt werde; m. a. W. die Klage wurde jetzt als arbiträre Klage von vorn herein gegen den Besitzer gegeben. Die Frage, wer Besitzer sein solle, fiel nicht mehr in den Vindicationsproceß, sondern mußte, wo es nöthig war, durch die einschlagenden Interdicte zum Voraus entschieden werden. Der Besitz war die im Laufe des Verfahrens festzustellende factische Voraussetzung der Klage geworden. Damit hatte aber die Gegenwart der Sache ihre wesentlichste Bedeutung verloren; die Bezeichnung des streitigen Gegenstandes, zu der sie beiläufig auch gedient hatte, konnte sicherer durch wörtliche Umschreibung geschehen [101]). So hatte sich ein eigenthümlicher Fortschritt in der Entwickelung der dinglichen Klagen kund gegeben. Ursprünglich in der Art gegenseitig, daß von beiden Theilen dasselbe Recht behauptet und von beiden das Sacramentum auf den Fall des Unterliegens geleistet, dann erst vom Prätor über den Besitz verfügt wurde, hatte sich nach Einführung der Sponsion das Verfahren insofern zu der Einseitigkeit anderer iudicia hingeneigt, als nach Verleihung der Vindicien der Prätor vom Besitzer allein Sponsion verlangte. Doch war auf dieser Stufe vor Einleitung des Processes immer noch ungewiß, wer die Rolle des Beklagten führen werde, und in der That zeigte sich eine fortwährende Zweiseitigkeit darin, daß bei Einleitung des Rechtsstreites das streitige Recht von beiden Seiten in Anspruch genommen wurde. Auch dies verliert sich, seitdem, wie bei anderen arbiträren Klagen, die Vindication gegen denjenigen, „qui restituendi facultatem habet", gerichtet wird. Nicht ein Streit über das

101) L. 6. D. 6. 1.

Eigenthum, sondern eine Verletzung desselben durch Entziehung des Besitzes giebt von nun an zur Erhebung eines Eigenthumsprocesses Veranlassung.

CCC. Vom Verfahren per formulam petitoriam. Uebersicht. Bis hierher sind die drei Bestandtheile des Vindicationsprocesses in der Selbstständigkeit, welche sie in der That hatten, betrachtet worden. Eine Einheit gewann das Verfahren nur durch die inneren Beziehungen jener Bestandtheile zu einander. Dies hat sich in dem neuen Processe geändert. Während früher drei iudicia abgesondert verliehen wurden, sind dieselben jetzt in Einem iudicium vereinigt, welches durch die cautio iudicatum solvi eingeleitet wird. Nun könnte von dieser Vereinigung abgesehen und die getrennte Behandlung jener Theile auch hier beibehalten werden. Allein dadurch würde die Eigenthümlichkeit des neuen Verfahrens ganz bei Seite gesetzt. Es soll daher das neue iudicium als Ein Ganzes in der Art behandelt werden, daß sich die Betrachtung auf die dem Verfahren zu Grunde liegende cautio iudicatum solvi concentrirt und aus ihr die processualischen Verbindlichkeiten des Beklagten abgeleitet werden. Und weil darin das iudicium doch keineswegs vollständig aufgeht, so ist zuvor von der Thätigkeit des Richters zu handeln, welche für jene Verpflichtungen die Grundlage entweder schafft oder wenigstens feststellt. Hierfür finden sich in der vorgetragenen Entstehung des neuen Verfahrens sehr bestimmte Anhaltspunkte. Indem man nämlich von der Einleitung des Rechtsstreites durch die cautio iudicatum solvi ausgeht und die Mittel erörtert, durch welche der Prätor den Beklagten zur Leistung derselben zwingt, gewinnt man die Grundlage, auf welcher der Kläger bei Verfolgung seines Zieles zuerst Fuß faßt. Denn jene Caution enthält nun schon die Verpflichtung des Beklagten, die Sache in einer Weise zu vertheidigen, daß der Richter über das streitige Eigenthum oder Erbrecht ein Urtheil fällen könne. Dieses Urtheil vertritt die im älteren Rechte übliche Entscheidung über das Sacramentum oder die Sponsion und ist daher nicht ein bloßer iussus de restituendo, sondern ein wahrer Vorbescheid, hervorgegangen aus der Betrachtung, daß mehrere iudicia, von denen eines die übrigen bedingt, zu Einem Ganzen verbunden sind. Auf ihm beruht die Verpflichtung des Beklagten, das Judicat zu zahlen, d. h. den streitigen Gegenstand an den Kläger zu restituiren. Doch gehört dazu, daß der Beklagte besitze, und auf Feststellung dieser Frage hat sich die Thätigkeit des iudex weiter zu richten. Sie erbringt dadurch zugleich die factische Grundlage für die letzte Verpflichtung des Beklagten, für das pflichtmäßige Verhalten desselben zu dem streitigen Gegenstande, welches durch die clausula de dolo gesichert wird. Es ist mithin im Folgenden zu handeln: 1) von der cautio iudicatum solvi als der Grundlage des neuen Verfahrens und den Mitteln, deren Leistung zu erzwingen, 2) von der Präjudicialsentenz über Eigenthum (oder Erbrecht), 3) vom Besitze und dessen Feststellung durch den Richter.

1) Von der cautio iudicatum solvi als der Grundlage des neuen Verfahrens und den Mitteln, deren Leistung zu erzwingen. In den Institutionen Justinian's wird berichtet, die Leistung der cautio iudicatum solvi sei bei dinglichen Klagen nicht mehr gebräuchlich[102]). Daher sind die directen Zeugnisse über deren Verhältniß zum Vindicationsprocesse sehr dürftig, indem zur Aufnahme derselben in die Compilation keine Veranlassung war. Dennoch beweisen folgende Momente, daß jene Caution an der Stelle der Sponsion zur Grundlage des Verfahrens gemacht worden sei. Erstens. Nicht recht deutlich spricht sich Gajus[103]) über die vorliegende Frage in seiner Darstellung der Satisdationen aus. Nach seinem Berichte muß der Beklagte bei dinglichen Klagen durch Bürgen Sicherheit leisten, weil er inzwischen eine Sache besitzt, von der es zweifelhaft ist, ob sie ihm gehöre. Die Caution bezweckt, den Kläger für den Fall, daß der Beklagte unterliegt, in den Stand zu setzen, mit ihm oder mit den Bürgen zu streiten. Wenn auch diese Darstellung nicht ganz auf die stipulatio iudicatum solvi paßt, weil in dem neuesten Verfahren, bei dessen Einleitung sie vorkommt, das Präjudicium nicht einen für sich bestehenden Proceß ausmacht, so ist doch die Vorstellung des Gajus von der Sache richtig. Der Kläger kann, wenn nach gefällter erster Sentenz weder restituirt, noch die litis aestimatio freiwillig geleistet wird, das Judicat ebensowohl gegen den Besitzer als gegen die Bürgen verfolgen. Diese Wahl hat er nach Gajus eben aus der geleisteten Caution, welche folglich auch dem zwischen dem Kläger und dem Beklagten anhängigen iudicium zu Grunde liegen muß. Zweitens. Ulpian bezeichnet die stipulationes iudiciales als solche, welche wegen des rechtlichen Bestehens eines iudicium bestellt werden und rechnet dahin die cautio iudicatum solvi und die aus der operis novi nunciatio zu leistende Caution[104]). In der That sind sich beide Cautionen auffallend ähnlich, indem sich in beiden die drei Clauseln, de dolo, de re defendenda und iudicatum solvi finden[105]). Nun verfällt jene letztere Caution, wenn die Sache abgeurtheilt oder mangelhaft vertheidigt ist, „in id, ut opus restituatur“[106]). Da hierauf die Verpflichtung der Bürgen nicht gerichtet sein kann, so muß nothwendig angenommen werden, daß diese Stipulation als Grundlage des iudicium vom Beklagten selbst geleistet worden sei. Ein Gleiches muß wohl auch von der anderen jener Cautionen gelten. Das dritte und zwar bestimmteste Zeugniß liefern einige Digestenstellen[107]). Im Zusammenhange mit dieser Einleitung des Verfahrens ist es zu denken, daß die Litisconesta-

102) §. 2. Inst. IV. 11.
103) Gai. IV. 89.
104) L. 1. §. 1. D. 46. 5.
105) L. 21. §. 2. D. 39. 1.
106) L. 21. §. 4. D. eod.
107) L. 32. §. 2. D. 35. 2. L. 2. §. 2. D. 46. 5.

tion der Leistung der Caution nachfolgt. Diese Ordnung der Cautionsleistung und Litiscontestation ergiebt sich aus mehreren Stellen[108]). Dieser Auffassung des Processes scheint die Gestalt der formula petitoria entgegenzustehen, deren Intention nicht auf einen obligatorischen Anspruch, sondern unmittelbar auf des Klägers Eigenthum gestellt ist, wie außer der uns von Cicero aufbewahrten Formel ein Beispiel beweist, welches Gajus[109]) für die formulae in ius conceptae anführt, indem er sagt: quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium. Nach der hier angenommenen Ansicht scheint es vielmehr, als ob die Formel unter Vorausschickung einer Demonstration, welche den Inhalt der Stipulation wiedergab, auf „quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet ex b. f. (bona fide)" habe gestellt werden müssen, ganz so wie nach der lex Rubria (de Gallia cisalpina) die aus der cautio damni infecti entstandene Klage concipirt wurde[110]). Es ist aber nicht zu übersehen, daß, wie die cautio iudicatum solvi, so auch das ihr entsprechende arbitrium de re restituenda sich allmälig zu ihrem späteren Umfange erweiterte, ohne daß man eine praktische Veranlassung hatte, die aus Stipulationen regelmäßig entstehenden Klagformeln im einzelnsten nachzuahmen. Hatte man sich also gewöhnt, jenes arbitrium auch dann noch als ein solches anzusehen, als ihm bereits die cautio iudicatum solvi untergelegt worden war, so konnte man auch ohne besondere Veränderungen die Präjudicialfrage durch bloße Einschiebung einer Bedingung in dasselbe mit aufnehmen. Vorausgesetzt, die Formel des arbitrium sei so concipirt gewesen: Si paret, fundum Capenatem A. A. restitutum non esse, nisi restituatur, N. N. A. A. quanti ea res est, condemna, so wurde nunmehr die Bedingung: Si paret, fundum Capenatem A. A. ex iure Quiritium esse vorangestellt und natürlich die auf die Existenz eines Urtheils gegründete intentio in factum concepta weggelassen. Nothwendig war diese Form sogar deshalb, weil die in die Caution aufgenommenen Verpflichtungen erst nach der Litiscontestation verfielen, alle Condictionen aber streng nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation beurtheilt wurden. Hätte man also jene freiere Form der Klage nicht gelten lassen, so mußte überhaupt auf die in Aussicht gestellten Vortheile verzichtet werden, obwohl dieselbe materiell dem Inhalte der Caution vollständig entsprach. Denn in beiden ist der Gegenstand der condemnatio das Interesse (quanti ea res est), und als Bedingung seiner Leistung die unterlassene Restitution des dem Kläger zugesprochenen Gegenstandes oder eine mangelhafte Vertheidigung oder ein Dolus des Besitzers gestellt. — Was die Frage betrifft, welche Folgen es hatte,

108) Vgl. außer den in der vorigen Note angeführten Stellen L. 8. D. 46. 7. L. 8. §. 2. D. 2. 8.

109) Gai. IV. 45.

110) In der lex Rubria cap. 20. ist die Intention so gefaßt: tum quidquid eum Qu. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d. f. oportet ex b. f. Die Clausel: ex b. f. beruht auf der Aufnahme des Dolus in die Stipulation.

wenn der Beklagte die Leistung der Caution und damit die Uebernahme des iudicium verweigerte, so wird man zunächst auf die missio in bona verwiesen, da fictionsweise das neue iudicium auf ein Judicat gegründet war. Man ließ aber schon früh einen Unterschied eintreten. Man behielt den allgemeinen Contumacialnachtheil der missio in bona nur da bei, wo die contumacia in derselben Gestalt wie bei anderen Klagen vorkam, namentlich wenn der Besitzer sich absichtlich verbarg oder auf andere Weise der Klage entzog [111]). Wurde dagegen die Leistung der Caution verweigert, so wendete man die im alten Rechte bei verweigerter Stellung der praedes litis vindiciarum gebräuchliche translatio possessionis an. Zwar hat man diese in einzelnen Fällen auch auf das Latitiren und die Abwesenheit des Besitzers ausgedehnt, jedoch niemals allgemein, sondern nur aus besonderen Zweckmäßigkeitsgründen; auf die Abwesenheit bei dem fundus nach der Meinung des Celsus, welche Ulpian gebilligt zu haben scheint; auf das Latitiren bei Erbschaften, nach der Meinung von Celsus und unter Anerkennung eines Rescriptes von Antoninus Pius [112]). Die Stelle nun, welche bei verweigerter Caution die Uebertragung des Besitzes als den im Edicte bestimmten Nachtheil bezeichnet, ist ein Rescript von Diocletian und Maximian [113]). Daß die Uebertragung des Besitzes durch Interdicte bewirkt wurde, ist bereits früher bemerkt worden; man hatte zwei solcher Interdicte, das interdictum „quem fundum" und „quam hereditatem". Ungewiß ist es, ob für bewegliche Sachen, welche nach altem Rechte vor Gericht gegenwärtig sein mußten und deshalb ohne weiteren Proceß an den Gegner überliefert werden konnten, nach Einführung der formula petitoria ein eigenes Interdict gegeben worden sei oder ob man sich mit der im prätorischen Edicte gegebenen Pönalklage begnügt habe. Diese Interdicte erreichten ihren Zweck auch nur auf indirectem Wege, insofern die Nachtheile, welche den Beklagten im Falle des Unterliegens trafen, diesen veranlassen mußten, lieber zu restituiren als zu streiten. Dieses Resultat werden Pönalsponsionen und das iusiurandum in litem selten verfehlt haben. Denn der einzige Einwand, welchen der Beklagte haben konnte, war der, daß er nicht besitze und deshalb so wenig mit einem restitutorischen oder exhibitorischen Interdicte, wie mit einer dinglichen Klage belangt werden könne. Hieraus erklärt sich eine Digestenstelle von Furius Anthianus, in welcher ausgeführt wird, daß, wer nicht besitze, auch eine dingliche Klage nicht zu übernehmen brauche, da in solchem Falle die Verweigerung der Cautionsleistung ein iudicium herbeiführe, in welchem die Besitzfrage untersucht und der Beklagte, wenn

111) L. 23. §. 4. D. 4. 6. L 18. D. 8. 5. L. 7. §. 16. D. 42. 4.

112) L. 7. §. 17—19. D. 42. 4.

113) L. un. C. VIII. 6.: Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector provinciae vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendae possessionis Edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.

er besitze, zur Ueberlieferung des Streitgegenstandes ohne weiteres angehalten, wenn er nicht besitze, losgesprochen werde[114]). Die in der Note erwähnte Stelle machte früher deshalb viele Schwierigkeiten, weil man nicht befriedigend erklären konnte, von welchem iudex der Jurist rede. Nachdem wir jene Interdicte kennen gelernt haben, kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß sie es sind, welche zur Anordnung eines iudicium Veranlassung gegeben haben.

2) Von der Präjudicialsentenz über Eigenthum (und Erbrecht). Wie alle auf Restitution einer Sache gerichteten Klagen, gehört auch die Eigenthumsklage und Erbschaftsklage in Gestalt der formula petitoria zu den arbiträren Klagen. Demnach geht, wenn die rechtlichen und factischen Voraussetzungen der Klage bewiesen sind, der Verurtheilung in Geld ein Befehl des Richters voraus, welcher dem Beklagten die Restitution der vindicirten Sache an den Kläger auferlegt. Der iudex spricht, wenn er sich von dem Rechte des Klägers überzeugt hat, dies nicht in derselben Weise, wie es bei der auf Restitution gerichteten persönlichen Klage geschieht, dadurch aus, daß er dem Beklagten Herausgabe der streitigen Sache anbefiehlt. Vielmehr zeigt sich die der formula petitoria eigenthümliche Verschmelzung der früher getrennten iudicia darin, daß der Richter eine wahre Sentenz über das Eigenthum fällt und dieser erst den iussus de restituendo nachfolgen läßt. Demnach werden, so oft das Recht des Klägers begründet ist, zwei Sentenzen ertheilt, zuerst eine präjudicielle über das Dasein des streitigen Rechtes, sodann eine condemnatorische oder absolutorische, je nachdem die Restitution verweigert oder erfolgt war. Zur Bezeichnung der dem Kläger günstigen präjudiciellen Sentenz dienen die Ausdrücke: iudicium facere secundum petitorem[115]), iudicare secundum petitorem[116]), iudicare adversus possessorem[117]), pronunciare, rem actoris esse[118]), pronunciare secundum actorem[119]), pronunciare contra possessorem[120]), dominii actoris fundum pronunciare[121]), sententia declarare, rem actoris esse[122]). Aehnliche Ausdrücke kommen für die dem Beklagten günstige Sentenz vor[123]). Daß nun bei dinglichen Klagen dem iussus de restituendo ein Präjudicium voran-

114) L. 80. D. 6. 1. Aeltere Erklärungen dieser Stelle erwähnt Rudorff, in der Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. IX, Nr. 2, wo zugleich die hier angenommene Erklärung weiter begründet ist. Auf das neueste Verfahren angewendet findet sich die translatio possessionis auch in L. 2. C. III. 19.

115) L. 58. D. 6. 1.

116) L. 57. D. 6. 1. L. 57. D. 5. 3.

117) L. 20. §. 6. D. 5. 3. L. 3. §. 3. D. 27. 9. §. 2. Inst. IV. 17.

118) L. 40. §. 2. D. 3. 3. L. 15. D. 44. 2.

119) L. 11. §. 3. D. 12. 2. L. 30. §. 1. D. 44. 2.

120) L. 3. §. 3. D. 27. 9.

121) L. 6. §. 2. D. 42. 2.

122) L. 35. §. 1. D. 6. 1.

123) S. z. B. L. 43. D. 5. 3. L. 9. pr. D. 44. 2. L. 5. C. III. 31.

gehe, bei den übrigen arbiträren Klagen aber etwas Aehnliches nicht vorkomme, ist darzuthun. Die Eigenthümlichkeit der dinglichen Klagen in dieser Beziehung ergiebt sich aus mehreren Stellen[124]). Wendet man sich nun zu den persönlichen arbitria, so ist freilich aus dem bloßen Mangel einer ähnlichen Ausdrucksweise noch nicht mit Sicherheit zu folgern, daß im römischen Processe eine erste Sentenz, dem Restitutionsbefehle vorausgehend, nicht gefällt worden sei. Wohl aber ist dieser Beweis als erbracht anzusehen, wenn diejenigen Anwendungen, welche das römische Recht von jener ersten Sentenz bei den Vindicationen macht, bei den übrigen arbitria entweder gar nicht gefunden oder von dem Endurtheile gemacht werden. So ist es insbesondre mit der Frage, wenn der Beklagte die facultas restituendi haben müsse. 1) Für die Eigenthumsklage beantwortet diese Frage eine Stelle des Paulus[125]). Es wird dort gesagt, der Beklagte müsse, damit des Klägers Eigenthum anerkannt werden könne, zur Zeit der Litiscontestation und des Urtheils besitzen; doch sei die Zeit des Urtheils entscheidend, so daß, wer zu dieser besitze, auch wenn er früher nicht besessen habe, condemnirt, wer zu dieser Zeit nicht besitze, auch wenn er früher besessen habe, absolvirt werde. Aeußerlich stimmen damit die bei persönlichen Klagen geltenden Grundsätze vollkommen überein; nur bei der Frage, was unter dem Urtheile zu denken sei, tritt ein wesentlicher Unterschied hervor. In der Stelle des Paulus nämlich ist das Judicat eben die über das Eigenthum zu fällende Sentenz, wie nicht nur aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, welcher „iudicare" im Gegensatze zu dem auf Geld gerichteten „condemnare" gebraucht, sondern auch daraus hervorgeht, daß, wenn nach dem Präjudicium der Streitgegenstand zufällig untergegangen, also der Besitz verloren ist, der Beklagte dennoch auf Grund seiner Mora verurtheilt wird. Der Zeitpunkt der richterlichen Anerkennung des Eigenthums ist aber in Rücksicht auf den Besitz deshalb von so entscheidender Wichtigkeit, weil in ihm die Verpflichtung zur Restitution des Streitgegenstandes verfällt und dies ohne die facultas restituendi nicht möglich ist[126]). Das Resultat ist, daß bei dinglichen Klagen der Besitz in dem Augenblicke vorhanden sein muß, in welchem das streitige Recht zu Gunsten des Klägers anerkannt werden soll. Was dagegen die persönlichen Klagen betrifft, welche auf Restitution oder Exhibition gehen, so soll bei der actio ad exhibendum der Richter den Beklagten auch dann condemniren, wenn er zur Zeit der Litiscontestation den Besitz gehabt,

---

124) L. 35. §. 1. L. 57. D. 6. 1. §. 2. Inst. IV. 17. Besonders entscheidend sind die erste und dritte Stelle; in beiden wird ein Unterschied zwischen der ersten Sentenz und dem Restitutionsbefehle gemacht, in der ersten der Restitutionsbefehl als Folge der Entscheidung über das Recht betrachtet.

125) L. 27. §. 1. D. 6. 1.

126) Ueber die Erklärung der anscheinend damit in Widerspruch stehenden L. 9. pr. §. 1. D. 44. 2. von Ulpian siehe Ribbentropp, Comm. ad L. 16. §. 5. de pign. et L. 9. §. 1. de except. rei iud. Golting. 1824. und Wetzell a. a. O. S. 111—113.

dann verloren, aber alsbald wieder gewonnen[127]), oder wenn er erst nach der Litiscontestation, jedoch vor der Sentenz zu besitzen angefangen habe[128]). Scheinbar läßt sich also ganz wie bei der rei vindicatio sagen, der Beklagte müsse zur Zeit der Litiscontestation und der Sentenz besitzen, jedoch mit überwiegendem Einflusse des letzteren Zeitpunktes. Allein unter der Sentenz ist hier weder der Restitutionsbefehl, noch eine demselben vorausgehende Anerkennung des klägerischen Rechtes zu verstehen. Gleich als ob Ulpian diesen Irrthum habe verhüten wollen, fügt er obiger Entscheidung einen Ausspruch des Pomponius bei, welcher dahin lautet: Utroque tempore eius, qui ad exhibendum egit, interfuisse oportere, rem ei restitui: hoc est, et quo lis contestetur, et quo sit condemnatio[129]). Da der Ausdruck: utroque tempore auf die vorher erwähnten Zeitpunkte der Litiscontestation und der Urtheilsfällung zurückbezogen wird, durch den nachfolgenden Zusatz aber näher bestimmt werden soll, so folgt, daß unter der Sentenz die Condemnation, d. h. das auf Geld gerichtete Urtheil, welchem der Exhibitionsbefehl vorausgeht (condemnari eum oportere, nisi restituat) verstanden werden muß. Ebenso wird von Ulpian in Bezug auf die actio depositi der Ausspruch des Neratius referirt[130]), der mit dieser Klage zu einer Zeit Belangte, wo er die facultas restituendi nicht hatte, müsse, wenn er diese facultas restituendi vor der Condemnation habe, condemnirt werden, wenn er nicht restituire. Auch bei der actio quod metus fehlt es nicht an Stellen, welche beweisen, daß der arbiter nur Eine Sentenz gefällt habe, die, durch welche der Beklagte bei verweigerter Restitution in das Vierfache verurtheilt wurde[131]). 2) Unter Umständen tritt bei arbiträren Klagen, obschon die Restitution weder geschehen, noch auch unmöglich geworden ist, doch eine Condemnation nicht ein, z. B. wenn wegen Abwesenheit des Streitgegenstandes oder wegen sonstiger Hindernisse nicht restituirt werden kann. Hier legt der Richter dem Beklagten Caution wegen demnächstiger Restitution auf und spricht ihn, wenn sie geleistet ist, von der Klage los. Was den Zeitpunkt betrifft, nach welchem die Voraussetzungen für die Auferlegung einer solchen zu beurtheilen sind, so bezeichnen die römischen Juristen für die rei vindicatio und hereditatis petitio sehr bestimmt den der ersten Sentenz[132]). Bei anderen arbiträren Klagen findet sich nirgends eine solche

127) L. 7. §. 6. D. 10. 4.
128) L. 7. §. 4. D. eod.
129) L. 7. §. 7. D. eod.
130) L. 1. §. 21. D. 16. 3.
131) L. 14. §. 4. D. 4. 2. Die hier erwähnte Sentenz, bis zu welcher die Restitution geschehen darf, ist keine andere, als die condemnatio quadrupli. Wollte man hieran zweifeln und die „sententia ab arbitro dicta“ für ein Präjudiz halten, so würde zwischen diesem und der Condemnation eine Zeit liegen, in welcher nicht restituirt werden könnte, während man die Restitution verlangen würde, ehe noch die Restitutionspflicht festgestellt worden wäre.
132) L. 16. pr. D. 5. 3. L. 27. §. 1. D. 6. 1.

Hinweisung auf einen bestimmten Zeitpunkt des Processes[133]. In beiden unter 1. und 2. erwähnten Beziehungen erhellt der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen arbitria am klarsten aus einer Institutionenstelle[134]. Hier wird die rei vindicatio neben der actio ad exhibendum behandelt; bei jener das Präjudicium dem Restitutionsbefehle vorausgeschickt, bei dieser nur der letzteren erwähnt und bei beiden Klagen in Verhinderungsfällen wieder dem Restitutionsbefehle die Auferlegung einer Caution gleichgestellt. Ist nun durch alles dieses die Existenz einer den dinglichen Klagen eigenthümlichen, von dem Restitutionsbefehle verschiedenen Präjudicialsentenz dargethan, so darf man doch nicht glauben, es sei etwa eine längere Frist zwischen beide gefallen; im Gegentheile darf man annehmen, daß der Richter an demselben Termine, in welchem er des Klägers Eigenthum (oder Erbrecht) anerkannte, auch sofort an den Beklagten einen Befehl zur Restitution des Streitgegenstandes erlassen habe. — Bisher ist die Fällung einer präjudiciellen Sentenz nur aus dem historischen Gesichtspunkte betrachtet worden und es fragt sich nun, welche praktische Folgen sich daran knüpfen. Die erste Wirkung besteht darin, daß, wenn das Eigenthum oder Erbrecht des Klägers anerkannt worden ist, gegen die rei vindicatio und hereditatis petitio des Beklagten eine exceptio rei iudicatae gegeben wird. Die Veranlassung dazu, daß der Beklagte selbst klagend auftritt, liegt gewöhnlich in der geschehenen Restitution des Streitgegenstandes; bei Erbschaften läßt sie sich auch so denken, daß einige Sachen im Besitze des Klägers, andere in dem des Beklagten waren, als auf die erste Klage gesprochen wurde. Denn hat der Kläger die gerichtliche Anerkennung seines Erbrechtes erlangt, so wird der Beklagte, wenn er wegen der von Anfang an in dem Besitze des Klägers befindlichen Sachen Klage erhebt, mit einer Einrede zurückgewiesen[135]. Ebenso kann sich der Kläger unter Umständen auf das ihm günstige Judicat auch in Form einer Replik berufen[136]. Keiner weiteren Ausführung bedarf es, daß dem Vindicanten eine Einrede entgegensteht, wenn er trotz einer Zurückweisung von neuem klagt. Eine andere Wirkung des dem richterlichen Erkenntnisse über das Eigenthum oder Erbrecht beigelegten präjudiciellen Charakters ist die Zulässigkeit der Appellation gegen ein solches Erkenntniß. Appellation ist nach römischem Rechte nur gegen ein wahres Judicat, nicht gegen jedes richterliche Decret zulässig. Dieser im späteren römischen Rechte entschieden giltige Satz gehört aber wahrscheinlich schon der Zeit der classischen Jurisprudenz an[137]. Gegen die gerichtliche Anerkennung des Eigenthums wird Appellation zugelassen[138], und dies

133) Vgl. L. 5. § 6. L. 12. §. 5. D. 10. 4. L. 14. §. 5. D. 4. 2.
134) §. 2. 3. Inst. IV. 17.
135) L. 15. D. 44. 2.
136) Vgl. L. 16. §. 5. D. 20. 1. L. 9. §. 1. D. 44. 2.
137) Vgl. L. 2. D. 49. 5.
138) L. 15. §. 6. D. 2. 8. von Macer.

ist nur insofern möglich, als die Römer hier von dem Gesichtspunkte eines wahren Judicats ausgingen. Es entsteht aber weiter die Frage, wie es sich mit der Execution jener Sentenz verhalte, ob der Richter den Beklagten zur Restitution des Streitgegenstandes zwinge. Auch hier stimmt das neue Recht mit dem alten vollständig überein. Nach der arbiträren Natur des vorliegenden iudicium erläßt der Richter nach Feststellung des Eigenthums oder Erbrechtes einen Restitutionsbefehl, welcher dem Beklagten die Nothwendigkeit auferlegt, entweder darzuthun, daß er den Besitz irrthümlich eingestanden, daß er ihn verloren oder bereits restituirt habe oder aber innerhalb einer ihm bestimmten Frist[139]) die Restitution zu bewirken. Thut er keins von beiden, so kommt es zur Schätzung des Streitgegenstandes und in deren Folge zu einer Verurtheilung in Geld. Diese Schätzung ist aber nicht die durch unparteiische Sachverständige bewirkte Feststellung des wahren Werthes, sondern die Schätzung geht vom Kläger aus und ist die nur durch seinen Eid beschränkte Bestimmung seines Interesse, welche durch diese ihre Ungebundenheit einen indirecten Zwang zur freiwilligen Restitution des Streitgegenstandes ausübt[140]). Neben dem iusiurandum in litem dauerte aber das Recht der gewaltsamen Durchsetzung des Judicates von Seiten des Klägers fort, sowie kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß in dem neuen Verfahren eine richterliche Execution, auf Restitution des Streitgegenstandes, zulässig geworden sei. Im Gegentheile muß die Frage noch aus folgendem weiteren Grunde verneint werden. Da durch die formula petitoria der ganze Proceß bis zur Condemnation in Geld der Cognition des arbiter überlassen ist, so müßte in dessen Function auch die Naturalexecution, wenn sie überhaupt gestattet wäre, liegen. Es ist aber unbestritten, daß im alten ordo iudiciorum dem iudex keine ausübende Gewalt zusteht; es war mithin zur Zeit der classischen Juristen, wo der Formularproceß galt, eine unmittelbare Execution der das Eigenthum des Klägers anerkennenden Sentenz nicht zulässig. Dies bestätigen zunächst die in der letzten Note angeführten Stellen, welche als Strafe der contumacia nur das iusiurandum in litem kennen, ohne der Naturalexecution Raum zu lassen. Ferner sprechen dafür alle sonstigen Nachrichten, welche über das gewaltsame Einschreiten des römischen Gerichtspersonals auf uns gekommen sind. So oft die römischen Juristen desselben Erwähnung thun, sind es Befehle des Prätors, welche eine gewaltsame Durchführung verlangen, weil andere Mittel ohne Erfolg sein würden. Bei der den Consuln, später in Rom einem eigenen Prätor, in den Provinzen den Statthaltern übertragenen extraordinären Jurisdiction hinsichtlich der Fideicommisse scheint zuerst eine Natural-

---

139) L. 6. §. 2. D. 42. 2. verb. dabitur — ad restituendam rem.

140) Die Zulässigkeit des iusiurandum in litem im Falle der contumacia bei dinglichen Klagen ergiebt sich aus L. 2. §. 1. D. 12. 3. L. 73. D. 46. 1.

execution ausnahmsweise vorgekommen zu sein[141]). Nach Abschaffung des Formularprocesses mußte dieses Verfahren bei allen arbiträren Klagen Eingang finden können. Hatte der Magistrat das Eigenthum oder das Erbrecht des Klägers anerkannt, so durfte er einen Executor geben, welcher den Streitgegenstand vom Beklagten beitrieb. Hieraus erklärt sich ein Rescript von Diocletian und Maximian[142]). Noch näher geht auf das gedachte Verfahren ein Rescript von Valens, Valentinian II. und Gratian ein[143]). Im Widerspruche mit dem Resultate, daß im Formularprocesse für die Naturalexecution kein Raum war, steht eine Stelle von Ulpian, welche gerade für den Fall, daß der Beklagte dem Restitutionsbefehle bei der rei vindicatio nicht Folge leistet, die Naturalexecution für zulässig erklärt[144]). Es kann diese Stelle aber nur durch eine Interpolation genügend erklärt werden[145]).

3) Vom Besitze, als der factischen Voraussetzung der Eigenthums- und Erbschaftsklage. Aus der Stellung, welche das neue Verfahren gegen die früheren Entwickelungsstufen des Vindicationsprocesses einnimmt, hat man gefolgert, der Besitz sei die factische Voraussetzung der Eigenthums- und Erbschaftsklage. Dies will so viel sagen: wie bei jedem anderen Rechte dem Beklagten eine Rechtsverletzung nachgewiesen werden muß, wenn die Klage gegen ihn gerichtet werden soll, so kann auch mit den erwähnten Klagen nur derjenige belangt werden, welcher dem Kläger die Ausübung des Eigenthums oder Erbrechtes, d. i. den Besitz entzogen hat. Mit besonderer Erwähnung der petitorischen Formel weist eine von Gajus herrührende Stelle die Untersuchung des Besitzes dem iudex zu[146]). Hiernach soll der Kläger vor Anstellung der Klage nachforschen, ob der Beklagte besitze, damit er nicht umsonst klage, d. h. damit nicht der Beklagte als nicht besitzend entbunden werde. Bestimmter drückt dies Ulpian in einer anderen Stelle aus[147]). Auch ist bereits früher erwähnt worden, daß der Beklagte zur Zeit der Litiscontestation und des Judicates, wenigstens im letzteren Momente, besitzen müsse. Es wurde der Besitz aber auch vor angeordnetem iudicium in Betracht gezogen. Dies geschah in zwie-

---

141) Vgl. L. 82. D. 5. 1. und über die Sache selbst Wetzell a. a. O. S. 123 flg.

142) L. 7. C. VII. 53.

143) L. 5. C. VII. 65.

144) L. 68. D. 6. 1.

145) Diese nimmt auch Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 5, S. 123 an. Andere, wie Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilprocesses Bd. 1, S. 331 flg. Puchta, Institutionen Bd. 2, S. 223, R. hh. setzen die Einführung der Naturalexecution in die Zeit Ulpian's. Dagegen bemerkt Wetzell a. a. O. S. 127 flg. mit Recht, daß in L. 68. D. 6. 1. die Neuheit dieser Einrichtung durch nichts angedeutet wird.

146) L. 36. pr. D. 6. 1.

147) L. 9. pr. D. 6. 1.: Officium autem iudicis in hac actione hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat.

facher Hinsicht: 1) wenn der Beklagte vorher eingesteht, er besitze, so kann er, auch ohne Besitzer zu sein, wie ein solcher verurtheilt werden. Er haftet aber nicht aus seinem Bekenntnisse, gleich als ob in iure über den Besitz verhandelt würde — denn sonst könnte ihm die Zurücknahme des Geständnisses vor der Litiscontestation nicht gestattet sein, wie sie es doch ist [148]) — sondern aus seinem Dolus, und daher nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn er den Kläger zu verleiten gedachte, einen falschen Beklagten zu wählen, damit der wirkliche Besitzer inzwischen den Streitgegenstand in Sicherheit bringe. Deshalb kam denn auch auf den Ort, wo er sich zum Besitzer bekannte, nichts an; nur zufällig war es, wenn er erst in iure den Versuch, jenen Irrthum zu erwecken, begonnen hatte. Ebensowenig wurde die Klage formell dadurch geändert; wie irgend eine andere Thatsache wurde der Dolus in iudicio festgestellt und der Beklagte dabei mit dem Einwande zugelassen, Kläger habe den wahren Sachverhalt gekannt [149]). Umgekehrt konnte 2) der Beklagte in iure seinen Besitz leugnen. Jedoch kam diese Behauptung nur soweit in Betracht, als sie eine Weigerung des Beklagten enthielt, sich zu vertheidigen, d. h. cautio iudicatum solvi zu leisten. Sie veranlaßte daher den Prätor nicht zu einer Untersuchung des Besitzes, sondern erzeugte die Rechtsmittel, welche gegen den Unvertheidigten gegeben wurden und allerdings auch zur Feststellung dieses besonderen Grundes der Weigerung Gelegenheit verschafften [150]). — Zwischen beiden Fällen scheint ein dritter zu stehen, welcher in einer Stelle des Paulus behandelt wird [151]). — Was die Frage anlangt, wie der Besitz beschaffen sein müsse, wenn eine Bestreitung des klägerischen Rechtes darin liegen solle, so sollte man denken, die rei vindicatio könne nur gegen den juristischen Besitzer erhoben werden, weil nur dieser den animus rem sibi habendi habe, welcher dem bloßen Detentor abgeht. Dies war auch die Meinung des Pegasus und einiger anderen Juristen, welche die Anstellung der Klage gegen den Depositar, Commodator und Miether für unzulässig halten. Ulpian hingegen nimmt an, auch der Detentor könne vom Eigenthümer verklagt werden, und diese Meinung gewann die Oberhand [152]). Sie ist auch die richtigere. Denn der Detentor übt den Besitz eines Anderen nicht willenlos aus, sondern mit dem Wissen und Willen, daß er für diesen Anderen besitze. Wenn er auch vielleicht des Klägers Eigenthum wörtlich anzuerkennen bereit ist, so hindert ihn doch an der thatsächlichen Anerkennung, an der sofortigen Restitution der streitigen Sache an den Vindicanten, das Obligationsverhältniß, in welchem er zu dem wahren Besitzer steht. Es würde dem Detentor mit Recht rechtswidriges Benehmen zur Last gelegt werden, wenn er auf

148) L. 25. D. 6. 1.
149) L. 26. D. 6. 1.
150) L. 80. D. 6. 1.
151) L. 20. §. 1. D. 11. 1. Vgl. darüber Wetzell a. a. O. S. 130 flg.
152) L. 9. D. 6. 1.

Behauptungen hin, ohne die Vertheidigung seines Auctors zu kennen, dem Vindicanten restituirte. In der That steht also auch der Detentor den Ansprüchen des Klägers entgegen und muß deshalb belangt werden können, ohne Rücksicht darauf, daß auch einem Anderen gegenüber die Klage zu Recht besteht. Der Detentor aber hatte die obligatorische Pflicht, sich des Beirathes seines Auctors zu bedienen, ehe ihm Constantin das Recht gewährte, sich durch Benennung desselben von der Verantwortlichkeit eines Beklagten, welcher der juristische Besitzer, zu befreien. Eine Besonderheit ist es, daß die rei vindicatio auch gegen denjenigen angestellt werden kann, welcher vor der Litiscontestation arglistiger Weise den Streitgegenstand zu besitzen aufgehört hat. Der Dolus besteht darin, daß der Beklagte sich der Klage zu entziehen, vielleicht auch dem Vindicanten einen gefährlicheren Gegner zu verschaffen gedenkt. Die Eigenthumsklage in ihrer Richtung gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere, hat den Charakter einer Delictsklage und geht auf die Erben nicht über[153]).

4) Von dem Inhalte der cautio iudicatum solvi. a) Von der clausula iudicatum solvi. Der älteste Theil der Caution ist nach der über den Ursprung der formula petitoria vorgetragenen Ansicht die clausula iudicatum solvi. Sie verbürgte in dem neuen Verfahren, welches vom arbitrium ausging, die Erfüllung des über das Eigenthum noch zu fällenden Judicats, sie hat indirect die Restitution der dem Kläger zugesprochenen Sache zum Gegenstande. Was in dieser Verbindlichkeit enthalten sei, wird demnächst im dogmatischen Theile dargestellt werden. b) Von der clausula de re defendenda. Der eigentliche Gegenstand der cautio iudicatum solvi ist das Interesse des Klägers, ausgedrückt durch „quanti ea res est". Dieses wurde vom Besitzer unter der Bedingung versprochen, daß der Streitgegenstand Eigenthum des Klägers sei, seine Restitution aber böslich verweigert werde. Mußte hiernach dem auf die litis aestimatio gerichteten arbitrium eine Untersuchung über das Recht des Klägers vorausgehen, so konnte der Erfolg des Rechtsstreites vom Beklagten dadurch vereitelt worden, daß er durch mangelhafte Vertheidigung die Entscheidung soweit hinauszog, daß unterdessen die Proceßverjährung ablief. Um solchen Verzögerungen zu begegnen, verlangte man von dem Besitzer das Versprechen, daß er dem Kläger sein Interesse auch dann leisten werde, wenn er die Vertheidigung der Sache nicht gehörig führe („si res boni viri arbitratu non defendatur"). So ist es zu verstehen, wenn Marcellus in Bezug auf die clausula iudicatum solvi als den Hauptbestandtheil der vom Beklagten geleisteten Caution behauptet, durch die Acceptilation derselben erlöschen auch die übrigen Bestandtheile, da diese nur beigefügt wurden, „ut res iudicari possit"[154]). Das Bedürfniß dieser

---

153) L. 52. D. 6. 1.
154) L. 20. D. 46. 4.

neuen Clausel ergiebt sich durch Verweisung auf das ältere Recht. In dem Verfahren per sponsionem wurde zur Untersuchung der einander widerstreitenden Rechtsansprüche der Parteien ein eigenes iudicium gegeben, welches durch eine Sponsion eingeleitet wurde und deshalb scheinbar auf Geltendmachung einer Geldschuld gerichtet war. Hier nun verstand es sich nach den von jeher geltenden Grundsätzen von selbst, daß der Beklagte im Falle der contumacia in die Sponsionssumme verurtheilt oder, was ebensoviel bedeutete, des Klägers Eigenthum anerkannt wurde. Auf diese Sentenz gründete dann der Kläger seine Bitte um Verleihung des arbitrium de re restituenda. Anders mußte sich die Sache im neuen Verfahren gestalten. In diesem war als Bedingung für das Verfallen der Stipulation und die Verurtheilung in das Interesse ein dem Kläger günstiges Judicat über dessen Eigenthum oder Erbrecht gestellt. Nun ist ein Judicat im natürlichen Sinne ohne vorheriges Gehör beider Parteien nicht möglich. Eine Entscheidung des Richters setzt Angriff und Vertheidigung voraus [155]). Und wenn man auch in einem auf gesetzlicher Anordnung beruhenden Processe ein einseitiges Verfahren gestattete, so konnte doch hier, wo die Existenz eines Judicats in eine Stipulation als Bedingung eingefügt wurde, nur an den natürlichen Begriff der richterlichen Entscheidung, an ein auf zweiseitige Verhandlung gefälltes Erkenntniß gedacht werden. Daher verlangte die künstliche Begründung eines iudicium, welche man in dem neuen Verfahren versuchte, die besondere Aufnahme der gesetzlichen Nachtheile der contumacia in die cautio iudicatum solvi, damit der Richter die Wahl habe, entweder auf die Anerkennung des geltend gemachten Rechtes oder auf den Mangel der Vertheidigung hin eine Verurtheilung des Beklagten auszusprechen [156]). Was die Verpflichtungen betrifft, welche aus der clausula de re defendenda entstehen, so ist daraus zunächst die Pflicht zur Uebernahme des iudicium abzuleiten. Die Clausel ist also verfallen, sobald der Beklagte sich der Litiscontestation weigert oder in dem angesetzten Termine nicht erscheint. Das Weitere gehört nicht hierher [157]). c) Von der clausula de dolo. Nachdem man die Vindication mit der cautio iudicatum solvi einzuleiten angefangen hatte, mußte man bald finden, daß der Kläger auch nach Aufnahme der clausula de re defendenda doch gegen den Dolus des Besitzers nicht so gesichert war, wie durch die älteren Proceßformen. Gegen den Dolus des Besitzers war der Kläger hilflos, während ihm früher gegen denselben besondere

155) L. 17. §. 2. D. 5. 2. L. 55. D. 21. 2.

156) Diese disjunctive Verbindung beider Clauseln (der clausula iudicatum solvi und de re defendenda), wird bewiesen: für die Caution des Nunciaten, welche von der des Besitzers nur insofern verschieden ist, als sie statt auf das Interesse zunächst auf Restitution des neuen opus gerichtet ist, durch L. 21. §. 4. D. 39. 1. für die cautio iudicatum solvi, welche von Procuratoren und von Besitzern geleistet wird, durch L. 5. §. 2. L. 13. pr. L. 21. D. 46. 7.

157) Ueber das Weitere vgl. Wetzell a. a. O. S. 185—199.

iudicia zu Gebote standen, welche auf gesetzlicher Vorschrift im Verfahren durch legis actiones und im Sponsionsprocesse auf künstlicher Nachbildung mittelst einer stipulatio pro praede litis vindiciarum beruhten. In manchen Fällen konnte freilich die actio de dolo oder eine andere Delictsklage Aushilfe gewähren, wie gegen den, welcher den Vindicanten, ihn für den wahren Besitzer zu halten, durch Täuschungen verleitet oder den Streitgegenstand verletzt oder vernichtet hatte [158]). Dies war aber theils nicht hinreichend, wie bei allen böswilligen Unterlassungen, theils stand es dem im neuen Verfahren sich allgemein geltend machenden Streben entgegen, alle Verpflichtungen des Besitzers womöglich in Einem iudicium zur Entscheidung zu bringen. Zur Abhilfe dieses Mangels war es nur nöthig, die stipulatio pro praede litis vindiciarum nachzuahmen und ein Absagen aller Arglist in Form einer besonderen Clausel in die cautio iudicatum solvi aufzunehmen. Handelte nun der Beklagte während des Rechtsstreites zu irgend einer Zeit dawider, so hätte der Kläger das Recht, bei dem Richter um Schätzung des Dolus zu bitten. So wurde zuletzt die clausula de dolo jenen anderen Bestandtheilen der Caution beigesellt [159]). Nun giebt dem Beklagten besondere Veranlassung zu dolosen Handlungen der Besitz des Streitgegenstandes, welcher im neuen Verfahren zwar nicht mehr verliehen, wohl aber bei ihm vorausgesetzt wird. Da dieser Besitz die Bedingung und zugleich der Gegenstand der Verurtheilung ist, so würden ohne besondere Fürsorge die Rechte des Klägers nicht nur beeinträchtigt, sondern auch vereitelt werden können. Eine Beeinträchtigung der Rechte des Klägers wäre möglich, weil sich aus der clausula iudicatum solvi nur die Pflicht ergiebt, den Streitgegenstand, wie es im Augenblicke des Judicats ist, mit den vorhandenen Accessionen und Früchten zu restituiren. Vereitelt würde das Recht des Klägers werden, wenn der Beklagte vor Anerkennung des Eigenthums den Streitgegenstand vernichtete oder sonst zu besitzen aufhörte. Denn da der Besitz die Voraussetzung der Verurtheilung ist, so mußte in einem solchen Falle an sich der Beklagte entbunden werden. Ebenso wenn er sich den Schein gab, als ob er besitze, um dem wahren Besitzer während des Rechtsstreites Gelegenheit zur Usucapion der vindicirten Sache zu geben. Gegen alles dieses sicherte den Kläger die clausula de dolo, welche jeden Zeitpunkt des Rechtsstreites, das Verhalten des Beklagten von Anfang bis zu Ende umfaßte [160]). Um aber den Zweck dieser Clausel vollständig zu erreichen, wurde dem Ausdrucke „dolus" die weitere Bedeutung untergelegt, daß er auch die Culpa und nicht blos die culpa lata umfaßte. Dies wird am besten durch solche Stellen

158) L. 39. D. 4. 3. L. 17. D. 10. 4. L. 13. 27. §. 2. D. 6. 1.

159) L. 19. pr. D. 46. 7. Manche, wie Donellus, beziehen das Wort „novissima" in dieser Stelle auf den Ort, welchen die clausula de dolo in der Caution inne hatte. Dies ist aber unrichtig; es kann nur von der Zeit verstanden werden.

160) L. 19. pr. i. f. D. 46. 7.

erwiesen, nach welchen eine Freisprechung des Besitzers erfolgen soll, so oft er ohne Dolus (sine dolo) zu besitzen aufgehört hat, im Vergleiche mit anderen, aus welchen erhellt, daß nur der reine Zufall eine Entbindung bewirke [161]). Die in der Note angeführten und andere Stellen beweisen aber nur, daß der Besitzer nach der Litiscontestation die Sorgfalt eines fleißigen Hausvaters zu leisten habe, nicht aber, daß diese Haftung gerade aus der clausula de dolo abgeleitet werden müsse. Die weitere hierfür erforderliche Bestätigung hat Savigny in der Lehre von den Condictionen erbracht; er hat dargethan, daß sich die Römer, um die engen Grenzen der aus einer Stipulation entspringenden Verpflichtungen auszudehnen und der Wirkung nach den bonae fidei obligationes gleichzustellen, sich der doli clausula bedienten [162]). Auf die bona fides gründeten nun aber die Römer die Prästation der diligentia; findet sich diese also auf die rei vindicatio angewendet, so kann der Grund kein anderer als die doli clausula sein. Wenn nun aber der Besitzer dem Vindicanten durch die clausula de dolo, wie aus einem bonae fidei negotium, verpflichtet wird, so folgt daraus nicht ohne weiteres, daß er die Haftung für diligentia diligentis patrisfamilias übernommen habe; denn die bonae fidei negotia haben zunächst nur die Fähigkeit, solche in sich aufzunehmen. Daß sie dies wirklich gethan, wird abgesehen von ausdrücklicher Verabredung dann angenommen, wenn der Verpflichtete selbst einen Vortheil aus dem Geschäfte zieht. Im vorliegenden Falle nun verschafft sich der Beklagte durch die Leistung der Caution die Vortheile des Besitzes, und somit erklärt sich ungezwungen die vorher aufgestellte und aus den Quellen nachgewiesene Regel, daß derselbe nach der Litiscontestation nicht nur für Dolus, sondern auch für Culpa hafte. In engem Zusammenhange mit der clausula de dolo ist die cautio de dolo zu denken. Dieselbe wurde bisweilen bei Gelegenheit der Restitution des Streitgegenstandes geleistet und bezog sich auf vergangenes Unrecht, welches der Kläger nicht kannte und deshalb nicht sofort zur Schätzung zu bringen im Stande war; sie sollte mithin Verpflichtungen in sich aufnehmen, welche schon unter die clausula de dolo fielen, jedoch in diesem Processe nicht realisirt worden waren. Sie kommt vor bei Leistungen, welche von dem Besitzer gefordert werden, wenn er nach der Litiscontestation den Streitgegenstand usucapirt hat; sie soll der Kläger in diesem Falle gegen Freilassungen oder Verpfändungen sichern, welche der Besitzer an den in sein Eigenthum übergegangenen Sachen vorgenommen haben konnte [163]). Es war dies aber nicht ihre einzige Anwendung; sie mußte

161) Vgl. L. 27. §. 1. D. 6. 1. L. 17. D. 44. 2. Hiernach muß in folgenden Stellen der Ausdruck „culpa" verstanden werden, indem zudem die beigefügten Beispiele bestimmt beweisen, daß an culpa levis, nicht blos an culpa lata zu denken ist: L. 16. §. 1. L. 36. §. 1. L. 51. D. 6. 1.

162) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 5, S. 495 flg. Siehe auch Huschke, de actionum formulis, quae in lege Rubria extant, p. 27 sq.

163) L. 17. §. 1. L. 18. 20. 45. D. 6. 1. Siehe auch L. 7. §. 3. D. 4. 3. L. 15. D. 13. 7.

auch dann geleistet werden, wenn der Verdacht begründet war, es sei vor der Restitution der vindicirten Sache ein heimlicher, erst später zum Vorschein kommender Schaden zugefügt, z. B. es sei dem Sclaven ein schleichendes Gift gegeben[164]). Im allgemeinen nun bestimmt den Inhalt der cautio de dolo eine Stelle Ulpian's, welche besonders deshalb bemerkenswerth ist, weil sie beweist, wie verschieden derselbe sein konnte, je nach den Umständen, unter welchen die Caution geleistet wurde[165]). Der Jurist unterscheidet zwischen redlichem und unredlichem Besitzer: der redliche Besitzer soll nach der Litiscontestation für dolus und culpa Caution leisten, vorher von dem Augenblicke seiner Belangung an nur für dolus. Die erste dieser Bestimmungen ist klar und steht mit den vorher aufgestellten Grundsätzen im Einklange. Was die letztere betrifft, so scheint eine dolose Handlung gegen den Vindicanten von Seiten desjenigen, welcher sich für den wahren Eigenthümer hält, unmöglich, da der Irrthum, in welchem er sich befindet, den Dolus auszuschließen scheint. Jedoch muß bedacht werden, daß hier überhaupt nur von Einem Falle des Dolus die Rede sein kann, nämlich von demjenigen, welcher sich in dem Aufgeben des Besitzes äußert und welcher ohne Zweifel auch bei dem redlichen Besitzer von seiner Belangung an vorkommen kann. Nun setzt freilich der Jurist voraus, daß die Restitution wirklich erfolgt; der gänzliche oder theilweise Verlust des Besitzes darf daher nur vorbereitet gedacht werden. Beispiele dafür sind der schon erwähnte Fall der Eingebung eines langsam schleichenden Giftes, sodann die Manumission, die Verpfändung und sonstige Belastungen des Streitgegenstandes sowie der Verzicht auf Prädialservituten, welche an dem streitigen Grundstücke haften[166]), wenn der Besitzer die Usucapion schon vor der Litiscontestation vollendet hat. Ist diese nämlich durch eine Geschäftsüberhäufung oder durch das Zögern des Beklagten möglich geworden, so kann der Vindicant ohne Schwierigkeit dagegen Restitution erlangen[167]), und hat sich nun der Beklagte veranlaßt gesehen, noch vor der Litiscontestation den usucapirten Gegenstand zu restituiren, so soll er wegen der Gefahr, daß er einen zukünftigen Verlust oder eine Beengung des Besitzes bewirkt habe, dem Vindicanten die cautio de dolo leisten. Dem redlichen Besitzer entgegen stehen nun alle Uebrigen, also zunächst der unredliche Besitzer einer einzelnen Sache. Ob auch der Besitzer von Erbschaftssachen, ohne Rücksicht auf guten und bösen Glauben, unter den „ceteri" begriffen sei, kann hier, wo nur die rei vindicatio in Frage ist, dahingestellt bleiben; allerdings erscheint aber die Beschränkung des sehr allgemeinen Ausdruckes „ceteri" auf den unredlichen Besitzer einer Einzelsache wegen der Allgemeinheit dieses Aus-

164) L. 7. §. 3. D. 4. 3.
165) L. 45. D. 6. 1.
166) Arg. L. 15. D. 13. 7.
167) L. 24. 25. 26. pr. D. 4. 6.

druckes unthunlich[168]). — Die *einzelnen Anwendungen der clausula de dolo* lassen sich auf vier Punkte zurückführen; der Verklagte haftet aus ihr aa) *wegen arglistiger Uebernahme des Processes*, bb) *wegen verschuldeten Verlustes des Besitzes*, cc) *wegen verschuldeter Verschlechterung des Streitgegenstandes*, dd) *wegen der Früchte, welche er zu ziehen oder zu bewahren vernachlässigt hat*. Zu aa) *Doloses Erbieten zum Processe*[169]). Nimmt Jemand die rei vindicatio oder hereditatis petitio an, ohne Besitzer zu sein, so liegt darin

168) Vgl. *Wetzell* a. a. O. S. 208 flg. Derselbe hält eine Vereinigung der L. 45. D. 6. 1. mit der sonst beglaubigten Stellung eines unredlichen Besitzers nicht wohl für möglich, ohne Annahme einer Interpolation, auf welche schon die ungenaue und dunkele Ausdrucksweise der Stelle hindeute. Er hält es für möglich, daß Ulpian von dem redlichen Besitzer einer Einzelsache handelte und diesem den unredlichen Besitzer einer solchen gleichstellte, dagegen die Besitzer von Erbschaftssachen ganz in der Weise aus der cautio de dolo verpflichtete, wie nach der Stelle die „ceteri" verpflichtet sind; ferner für möglich, daß die Compilatoren die Bevorzugung des unredlichen Besitzers vor den Inhabern von Erbschaftssachen nicht billigten und dadurch veranlaßt wurden, erstere den letzteren unter dem Ausdrucke „ceteri" gleichzustellen. Er hält diese Lösung für die einzig befriedigende, wenn man davon ausgehe, daß Ulpian überhaupt von den dinglichen Klagen gesprochen habe. Aber auch dies selbst hält es für mehr als zweifelhaft. Denn nach der Inscription ist die Stelle aus dem 68. Buche des Commentars zum Edicte entlehnt, einem Theile dieser Arbeit, in welchem der Jurist von den Interdicten handelt. Die exhibitorischen und restitutorischen Interdicte haben ganz ähnliche processualische Formen wie die dinglichen Klagen; sie sind gleich dieser arbiträrer Natur und können deshalb auch zur Anwendung der cautio de dolo Veranlassung geben. Hier aber weichen sie von der Eigenthumsklage in Einem Punkte ab. Da sie nämlich auf einem Obligationsverhältnisse beruhen, so kann schon vor der Litiscontestation die Hauptleistung durch das Verhalten des Beklagten Modificationen erleiden, welche bei der Condemnation in Anschlag gebracht und eben deshalb auch, wenn die Restitution freiwillig geschieht, in die cautio de dolo aufgenommen werden. Namentlich ist dies möglich, wenn der Beklagte den Besitz, welchen er restituiren soll, in unrechtlicher Weise hat, indem er bald vom Augenblicke des Besitzerwerbes (L. 1. §. 41. D. 43. 16.), jedenfalls von dem der Erbittung des Interdictes an, für alles das haftet, was der Kläger ohne das Unrecht des Beklagten gehabt haben würde, also ohne Zweifel für Dolus und Culpa. Aber auch denjenigen, welcher guten Grund hat, sich für den rechtmäßigen Besitzer zu halten und deshalb in den Rechtsstreit einzulassen, trifft die Verurtheilung, wenn er auf die Gefahr eines nachtheiligen Urtheils hin eine Verletzung des Streitgegenstandes verschuldet hat. Bei dem interdictum quorum bonorum und quod legatorum wird dies nicht bezweifelt werden können. Somit ist die Entscheidung *Ulpian's* dem Interdictenprocesse ganz angemessen; auch erscheint der Ausdruck „ceteri" gut gewählt in Betracht, daß der gute Glaube des Beklagten hier seltener, der böse Glaube aber in sehr verschiedenen Gestalten vorkommt.

169) Von Schriften über diesen Gegenstand ist hauptsächlich zu bemerken: *Hombergk zu Vacy* diss. de oblatione ad litem. Marb. 1746., eine gründliche Arbeit, die nur von der falschen Ansicht ausgeht, der Beklagte könne durch eine interrogatio in iure zu einer Erklärung über seinen Besitz gezwungen werden. Unbedeutend sind: *Turin*, diss. de ficto possessore. Erford. 1774. *Erxleben*, diss. de eo, quod iuris est circa fictam possessionem. Gott. 1778.

kein Unrecht. Der Besitz ist in iure nicht Gegenstand der Verhandlung. Eine Frage an den Beklagten findet nicht statt[170]). Er leugnet nur im allgemeinen, daß die Klage gegen ihn mit Recht angestellt werde; den Grund seines Leugnens hat er ebensowenig anzugeben, als nach römischem Rechte der Kläger den Grund seiner Klage. Und wollte er auch den Besitz speciell leugnen, so ist dies doch ohne bestimmten rechtlichen Erfolg, sobald er zur Uebernahme des Streites und zur Bestellung der geforderten cautio iudicatum solvi bereit ist. Zwar kann er sofort eine Untersuchung über den Besitz dadurch herbeiführen, daß er sich der Uebernahme der Vertheidigung weigert. Dazu ist er aber nur berechtigt („licet ei dicere, se non possidere"), nicht verpflichtet[171]); denn er wird sich gerade dann, wenn er die Klage für nicht begründet hält, auf die Sache einlassen. Es ist vielmehr Sache des Klägers, sich vorzusehen und, ehe er den Rechtsstreit beginnt, die nöthigen Materialien

170) Dagegen scheint allerdings L. 20. §. 1. D. 11. 1. von Paulus zu sein. Der Jurist legt hier, der Ansicht von Javolenus folgend, dem Beklagten die Verpflichtung auf, auf die in iure an ihn gerichtete Frage, ob er einen fundus besitze, zu antworten, zum wievielsten Theile er ihn besitze. Schon Cujacius findet diese Entscheidung mit Grundsätzen, welche die römischen Juristen sonst über den Besitz bei dinglichen Klagen aufstellen, unvereinbar. Wenn man dem Kläger einmal das Recht giebt, durch eine interrogatio in iure die Besitzesfrage zu erledigen, so wird er immer diesen viel vortheilhafteren Weg dem Beweise des Besitzes in iudicio vorziehen. Denn bejaht der Beklagte die Frage, ob er besitze, so haftet er unbedingt, auch wenn er wirklich nicht besitzen sollte; verneint er sie, so bewirkt der Beweis des Besitzes die translatio possessionis und befreit den Kläger also vom Beweise seines Rechtes. Wenn man noch dazu bedenkt, daß Callistratus die interrogationes in iure als ein der persönlichen Klagen wegen eingeführtes Institut bezeichnet (L. 1. §. 1. D. 11. 1.), daß nach dem Ausspruche Ulpian's der Beklagte nicht zu sagen braucht, zu welchem Theile er Eigenthümer der vindicirten Sache sei (L. 73. D. 6. 1.), so wird man der Stelle des Paulus eine andere Beziehung geben müssen, als die ihr von den Compilatoren angewiesene. Die Entscheidung des Javolenus paßt nämlich sehr gut zu dem Verfahren per sponsionem; hier ergab sich der Besitz des Beklagten schon daraus, daß dieser auf geschehene Occupation des Grundstückes sich stellte, sein Recht zu vertheidigen; die Frage nach dem Besitze wurde gewissermaßen durch die Verhältnisse selbst an den Beklagten gestellt, besonders da, wo sich der Eigenthümer der Occupation hatte bedienen müssen, weil er den Besitzer nicht kannte. Durfte aber in solchen Fällen der Vindicant auf die Frage nach dem Besitze überhaupt eine Antwort verlangen, so mußte sich der Beklagte auch darüber erklären, zum wievielsten Theile er besitze; denn das Ganze läßt sich in eine unredliche Zahl idealer Theile aufgelöst denken, über deren jeden ein besonderer Streit zulässig ist. Und leugnete der Beklagte den Besitz eines dieser Theile (si minore ex parte possidere se dicat), so hatte der Vindicant wegen mangelnder Defension ein Interdict, wodurch jedenfalls der Besitz zu befriedigender Erörterung gebracht wurde. Vgl. Wetzell a. a. O. S. 130—132.

171) L. 80. D. 6. 1.: In rem actionem pati non compellimur. Hierdurch widerlegt sich die Ansicht, daß der Detentor, wenn er sein Verhältniß zum Streitgegenstande verschweigt und die cautio rati nicht leistet, als fictus possessor angesehen werden soll. Er kann allerdings so betrachtet werden; dies setzt aber voraus, daß er sich für den juristischen Besitzer ausgiebt. Ohne diesen Dolus wird er wie jeder andere Beklagte behandelt.

zusammenzubringen, um später im Stande zu sein, die factischen Voraussetzungen der erhobenen Eigenthumsklage mit den nöthigen Beweismitteln festzustellen. Nun wird aber, wenn der Besitz des Beklagten nicht bewiesen werden kann, die Klage zurückgewiesen. Diese Zurückweisung kann allerdings für den Kläger sehr nachtheilig sein. Denn wenn während des Aufenthaltes, welchen der gegen den vermeintlichen Besitzer erhobene Rechtsstreit verursacht, der wirkliche Besitzer usucapirt, so steht dem abgewiesenen Kläger zur Wiedererlangung seines Eigenthums kein Rechtsmittel zu. Jedenfalls wird ihm die Verfolgung seines Rechtes schon dadurch sehr erschwert, daß der Besitzer in dem gewonnenen Aufschub den Streitgegenstand seinen Augen entzieht oder mit sich in ferne Lande nimmt. Dieser Erfolg ist nicht unbillig, wenn ihn der Kläger selbst durch einen Mangel an Vorsicht verursacht hat. Er kann aber ebensowohl durch Täuschungen herbeigeführt werden, um den Vindicanten in unverschuldeten Schaden zu bringen und dagegen muß schon nach allgemeinen Grundsätzen ein Rechtsschutz gewährt werden. Hat sich daher ein Nichtbesitzer für den wahren Besitzer ausgegeben, so wird der Vindicant nicht durch die actio de dolo, sondern auch nach Aufnahme der clausula de dolo durch diese in der Weise geschützt, daß, wenn der Beklagte als Nichtbesitzer hätte entbunden werden müssen, er nunmehr wegen seines Dolus verurtheilt wird. So hatte nach dem Berichte des Gajus schon Sabinus entschieden[172]). In der in der Note angeführten Stelle wird in subsidium die actio de dolo gegeben, wenn der Beklagte im Eigenthumsprocesse ungeachtet der cautio iudicatum solvi ein freisprechendes Erkenntniß erwirkt hat. Ganz ausdrücklich verweist aber Celsus[173]) auf die clausula de dolo, wenn er sagt: qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur, und mit Hindeutung auf diese Stelle des Celsus Ulpian[174]). Hieraus hatte denn Marcellus die Regel formulirt: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri[175]). Nun kann man aber den Eigenthümer und Erben in verschiedener Weise zu dem Glauben veranlassen, daß man der wahre Besitzer sei, sowohl durch ausdrückliche Erklärung als durch Handlungen, welche darauf berechnet sind, den täuschenden Schein des Besitzes zu erzeugen, z. B. durch öffentliches Ausgebot des Streitgegenstandes zum Verkaufe oder zur Miethe, auch wohl durch die Vertheidigung eines Grundstückes gegen die Occupation, welche der Vindicant vornimmt, um den wahren Besitzer zum Hervortreten zu nöthigen. Doch wird, wie im letzteren so in allen diesen Fällen, der erforderliche Dolus nur dann anzunehmen sein, wenn der Vindicant bereits Miene zur Einleitung eines Rechtsstreites über sein dingliches Recht gemacht hat,

---

172) L. 39. D. 4. 3.
173) L. 45. D. 5. 3.
174) L. 13. §. 13. D. 5. 3.
175) So sagt Ulpian in der Fortsetzung der in der vorigen Note angeführten Stelle.

gleichviel ob er bereits gegen eine bestimmte Person, namentlich gegen den wahren Besitzer zu agiren begonnen hat oder nicht. Vollendet ist der Dolus erst in dem Augenblicke, in welchem der nunmehr für den Besitzer Angesehene wirklich litem contestirt. Denn wenn er vorher wieder zurückträte, so würde der Dolus außerhalb des Processes liegen und könnte unmöglich in der clausula de dolo enthalten sein[176]). Es kann demnach nicht, wie Manche[177]) thun, ein Unterschied gemacht werden zwischen dem, welcher sich auf die Klage wie ein Besitzer einläßt, und demjenigen, welcher den Vindicanten von der Klage gegen den Besitzer abwendig macht, indem sie den Letzteren selbst dann verurtheilt wissen wollen, wenn er vor der Litiscontestation zurückgeht. Paulus, auf welchen sie sich berufen, rechtfertigt diese Ansicht nicht. Wenn er die Verurtheilung dessen, welcher sich ohne Besitz zur Annahme des Streites erbietet, während der Vindicant den wahren Besitzer belangen wollte, als eine unbedingte hinstellt[178]), so behauptet er damit nichts Anderes, als das, was in den obigen Stellen mit der Annahme einer ficta possessio gesagt ist; hätte er das Zurückgehen des Betrügers ausschließen wollen, so würde er dieser Beschränkung ohne Zweifel ausdrücklich Erwähnung thun. Dem Vindicanten bleibt, wenn der wahre Besitzer usucapirt hat, ehe es noch zur Litiscontestation gekommen ist, gegen den zurücktretenden Nichtbesitzer die actio de dolo. Der Dolus liegt hier nicht in der Uebernahme des Processes, sondern darin, daß er dem Besitzer durch den ihm verschafften Aufschub die Vollendung der Usucapion möglich gemacht hat. Ist durch das Bisherige der Begriff einer täuschenden Annahme des Processes festgestellt worden, so muß umgekehrt die Existenz derselben geleugnet werden, wenn entweder der Kläger das wahre Verhältniß kennt oder der Beklagte über seine Beziehung zum Streitgegenstande sich im Irrthum befindet[179]). Der Gegenstand der Verurtheilung ist das Interesse, welches der Kläger hat, nicht betrogen zu werden, nicht gerade der Werth des Streitgegenstan-

---

176) L. 25. D. 6. 1.

177) Wie Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 203, N. 2 und die daselbst Angeführten; Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 332, Anm. 3.

178) Paulus in L. 27. pr. D. 6. 1.: Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, et ideo liti sese obtulit, et hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est. Das „sin autem" bildet keinen Gegensatz zu dem Inhalte der L. 25., sondern zu der zunächst vorausgehenden L. 26. D. 6. 1. Auch ist unter der „testatio" nicht der Aufruf von Zeugen bei der Oblation, sondern nach dem Zusammenhange der in iudicio zu führende Zeugenbeweis zu verstehen.

179) Den ersten Fall behandeln L. 25. 26. D. 6. 1. L. 45. D. 5. 3.; auf den letzten beziehen sich die Anfangsworte zweier Stellen Ulpian's, der L. 9. §. 1. D. 44. 2. und der L. 25. D. 6. 1. In der letzteren Stelle bezeichnet das „sine causa" den Mangel eines zur Rechtfertigung des Irrthums genügenden Grundes und beweist, daß der Beklagte, wenn die Oblation dargethan ist, sich durch den Beweis seines Irrthums von der Anschuldigung und den Folgen des Dolus befreien kann.

des[180]). In der Regel wird jenes bedeutender sein als dieser, weil, wenn die Klage gegen den wirklichen Besitzer, z. B. durch inzwischen vollendete Usucapion verloren sein sollte, mit der Sache selbst auch die Früchte und sonstigen Accessionen verloren sind; niemals aber geringer, selbst dann nicht, wenn der wirkliche Besitzer den Streitgegenstand nicht ersessen hat, also mit der dinglichen Klage noch immer belangt werden kann. Denn derjenige, welcher sich zum Streite aufdrängt, soll wie ein Besitzer behandelt werden; es kann daher auf weniger als den einfachen Werth die Verurtheilung nicht geschehen[181]). Die Anstellung der Eigenthumsklage (oder Erbschaftsklage) gegen den wahren Besitzer bleibt offen[182]). Die Verurtheilung kann dadurch abgewendet werden, daß der Besitzer die Vertheidigung des Beklagten übernimmt oder den Streitgegenstand, gleich als sei er selbst verklagt, restituirt. Zwar wird in dieser Verbindung keins von beiden ausdrücklich anerkannt; allein die Uebernahme der Vertheidigung ist dem Besitzer für denjenigen, qui dolo possidere desiit, gestattet[183]), und der Restitution geschieht bei der actio confessoria des Usufructuars in einer von Ulpian herrührenden Stelle Erwähnung[184]). — bb) Haftung wegen verschuldeten Verlustes des Besitzes. Ein anderer Fall, wo der Beklagte als Nichtbesitzer wegen seines Dolus verurtheilt wird, gleich als ob er besitze, ist der, wenn er den Besitz des Streitgegenstandes nach der Litiscontestation dolos aufgegeben hat[185]). Dies kann durch Veräußerung an einen Anderen[186]), durch Dereliction[187]), durch Vernichtung[188]), durch Umwandelung[189]) und endlich durch eine solche Verbindung der streitigen Sache mit einer anderen geschehen, daß dieselbe nicht mehr als eine besondere besessen werden kann[190]). Ueberhaupt hört derjenige dolos zu besitzen auf, welcher die Möglichkeit der Restitution aufgiebt[191]). Die Absicht, welche er dabei verfolgt, ist die, daß er als Nichtbesitzer entbun-

180) L. 45. fin. D. 5. 3.

181) Hiermit sind auch einverstanden Hombergk, diss. cit. §. 26. Vangerow, Leitfaden a. a. O. Dagegen will Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 319, die Verurtheilung nicht auf den Sachwerth, sondern nur auf so viel gerichtet wissen, als durch den Dolus desselben dem Kläger geschadet worden sei, was sich durch die L. 45. fin. D. 5. 3. widerlegt. Sehr viele Schriftsteller, z. B. Vangerow a. a. O. geben dem Kläger wegen des dolus geradezu das iusiurandum in litem; in den Quellen findet sich kein Anhalt dafür.

182) L. 7. D. 6. 1.

183) L. 13. §. 14. D. 5. 3.

184) L. 5. §. 5. D. 7. 6. Zur Erklärung dieser Stelle siehe Wetzell a. a. O. S. 218.

185) Vgl. L. 17. pr. §. 1. L. 22. 27. §. 1. L. 47. 57. 58. 68. 69. D. 6. 1. L. 41. pr. i. f. L. 57. D. 5. 3. L. 17. D. 44. 2.

186) L. 17. pr. D. 6. 1. L. 9. §. 2. D. 10. 4.

187) L. 22. D. 6. 1.

188) L. 9. pr. D. 10. 4.

189) L. 9. §. 3. D. 10. 4.

190) L. 1. §. 1. D. 47. 3.

191) L. 1. §. 7. D. 43. 2.

den werde, was offenbar der Fall sein würde, wenn nicht durch die clausula de dolo seine Verurtheilung vorbereitet wäre. Und weil der Dolus in dieser Clausel auch die Culpa umfaßt, so gilt ein Gleiches, wenn jener Erfolg durch sorglose Aufbewahrung oder Behandlung des Streitgegenstandes bewirkt worden ist [192]). Daß nun die Verpflichtung desjenigen, welcher durch seine Schuld die facultas restituendi verliert, auf die clausula de dolo zurückzuführen sei, kann nun zwar nicht unmittelbar für die Eigenthums- und Erbrechtsklage bewiesen werden, weil diese Klagen nach Justinian's Vorschrift überhaupt nicht mehr durch die cautio iudicatum solvi eingeleitet werden. Dagegen wird in ganz ähnlichen Verhältnissen die Haftung wegen doloser Vernichtung einer zu restituirenden Sache aus jener Clausel abgeleitet und dadurch auch für unseren Fall ein vollständiger Beweis erbracht [193]). Nach der lex Falcidia darf dem Erben seine testamentarische Erbportion nicht über drei Viertheile mit Legaten beschwert werden. Häufig kann aber das wahre Verhältniß der Legate zu dem hinterlassenen Erbtheile nicht sogleich zu der Zeit, wo die Legate auszuzahlen sind, festgestellt werden, z. B. es können noch unbekannte Schulden sich ergeben. Das römische Recht trifft in solchen Fällen die Auskunft, daß die Quart nach dem bekannten und unzweifelhaften Bestande des Vermögens berechnet, vom Vermächtnißnehmer aber Caution geleistet wird, daß er im Falle später eintretender Verminderungen der Erbschaft das zu viel Empfangene herausgeben wolle [194]). Von dieser Caution handeln nun die in der Note 193 aufgeführten Stellen, in welchen die Frage aufgeworfen wird, welche Folge der Untergang eines oder des anderen vermachten Gegenstandes habe. Ulpian entscheidet, daß daraus dem Legatar eine Einrede gegeben werde, außer wenn der Untergang durch seinen Dolus herbeigeführt sei; denn hier werde nicht die Clausula redditum iri, quod amplius ceperit, quam per legem Falcidiam licuerit, sondern die der Caution beigefügte clausula de dolo committirt. Damit ist bestimmt anerkannt, daß, wenn die Restitution eines Gegenstandes vom Besitzer stipulirt ist, die nachher eintretende Unmöglichkeit der Restitution die Verbindlichkeit aufhebe, selbst wenn diese ihren Grund in der Arglist des Beklagten habe, daß sich deshalb der Stipulator nur durch ein Versprechen sichern könne, wodurch der Besitzer jeder Arglist entsagt. Damit scheint aber eine andere Erscheinung nicht im Einklange zu stehen. Bekanntlich haftet der Besitzer auch dann, wenn er zur Abwendung eines ihm drohenden Processes, vor der Litiscontestation zu besitzen aufhört. Die daher bei unseren Juristen sehr gangbare Ansicht, daß seine Haftung in dieser Beziehung überhaupt durch die Litiscontestation nicht verändert werde,

192) L. 91. pr. D. 45. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. 12. 3. L. 16. §. 1. L. 21. 36. §. 1. L. 63. D. 6. 1. L. 31. §. 3. D. 5. 3. L. 21. §. 3. D. 21. 2.

193) L. 1. §. 15. L. 2. 3. pr. D. 35. 3.

194) Ueber die Fassung dieser Caution siehe L. 1. §. 12. L. 72. §. 3. D. 35. 2. L. 1. §. 11. L. 5. D. 35. 3.

nach wie vor der Litiscontestation auf gleichem Grund beruhe, widerlegt sich dadurch, daß in früherer Zeit der dolus praeteritus, d. h. der vor die Annahme des iudicium fallende[195]), weder im Eigenthums= noch im Erbschaftsprocesse zur Aburtheilung kam. Seine spätere Berücksichtigung beruht bei der hereditatis petitio auf der allmälig zur Herrschaft gelangten Ansicht, daß der Besitzer von Erbschaftssachen als Geschäftsführer der Erbschaft zu betrachten und deshalb dieser oder, was dasselbe ist, dem Erben für jede dem guten Glauben widerstreitende Handlung verpflichtet sei. Wenn daher das Senatusconsult unter Hadrian die neue Ansicht in den Worten anerkennt: Item eos, qui bona invasissent, cum scirent, ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent[196]), so wird offenbar die Haftung dessen, welcher nach der Litiscontestation den Besitz aufgiebt, als altes Recht vorausgesetzt und daran die neue Bestimmung angeknüpft. Diese bezog sich aber nur auf den praedo, nicht auf den redlichen Erbschaftsbesitzer. Vielmehr war dieser vor der Litiscontestation fortwährend von der Haftung für Dolus und Culpa frei, bis auch ihn eine weitere Ausbildung des gewonnenen Princips schon mit Erhebung des Processes dem wissentlichen negotiorum gestor gleichstellte. Damit hatte aber die Leistung der cautio iudicatum solvi allerdings von ihrem sichtbaren Einflusse auf die Haftung des Erbschaftsbesitzers sehr viel verloren; dennoch blieb sie dadurch wichtig, daß sie alle Verpflichtungen des Besitzers aus der vorausgegangenen Zeit als Theile eines Ganzen zusammenfaßt, welche selbst wieder neuer Erweiterungen fähig sind. Daher konnte Ulpian am Schlusse seiner Erklärung der vorher erwähnten Gesetzstelle doch wieder den dolus praeteritus mit den Worten hervorheben: qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus[197]). Was dagegen die rei vindicatio betrifft, so bezieht man sich auf das früher darüber Bemerkte, welcher Zusammenziehung dieselbe die Aufnahme des dolus praeteritus verdankte. Jetzt kann auch der Unterschied zwischen ihm und dem der clausula de dolo widerstreitenden Benehmen festgestellt werden. Letzteres begreift auch die culpa in non faciendo, ersterer beschränkt sich auf absichtliche Veräußerungen und begründet eine auf die Erben des Besitzers nicht übergehende wahre Delictsobligation. Was den Gegenstand der Verurtheilung anlangt, so gilt auch hier der Grundsatz, daß derjenige, qui dolo possidere desiit, gleich als ob er besitze, verurtheilt werde[198]). Es findet aber in Bezug auf die Art der Schätzung ein Unterschied statt. Ist durch wirklichen Dolus der Besitz verloren, so ist der Vindicant berechtigt, sein Interesse durch das iusiurandum in litem zu bestimmen; beruht hingegen der Verlust

195) L. 25. §. 7. D. 5. 3. L. 4. §. 18. D. 44. 4.
196) L. 20. §. 6. D. 5. 3.
197) L. 25. §. 7. D. 5. 3.
198) Am allgemeinsten sprechen dies aus L. 131. L. 157. §. 1. D. 50. 17.

des Besitzes auf bloßer Culpa, so findet eine richterliche Schätzung in gewöhnlicher Form statt[199]. Das Resultat kann dabei natürlich sehr verschieden sein, da der Kläger sein Interesse viel freier bestimmen kann als Sachverständige, welche an die Marktpreise gebunden sind. Ungeachtet dieses Unterschiedes aber ist in beiden Fällen die litis aestimatio eine wahre Strafe. Denn da er durch Zahlung derselben in Ermangelung des Besitzes kein Eigenthum am Streitgegenstande erworben hat[200], so kann er die Eigenthumsklage gegen den gegenwärtigen Besitzer nicht anstellen; vielmehr behält dieses Recht der Vindicant[201], welcher durch die Eviction der Sache den früheren Besitzer sogar dazu nöthigt, den Vortheil, welchen er etwa aus der Veräußerung gezogen hat, zur Schadloshaltung des Käufers wegen der Eviction aufzuwenden[202]. Allerdings betrachtete man es bei den bonae fidei negotia als der Billigkeit entsprechend, daß der Kläger dem Beklagten, ehe dieser die litis aestimatio zahlte, seine Klage gegen den wirklichen Besitzer cedirte; Depositar und Commodatar forderten dies, selbst wenn sie sich der facultas restituendi dolos entschlagen hatten. Da nun durch die clausula de dolo zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein obligatorisches Verhältniß begründet wird, welches den Charakter eines bonae fidei negotium hat, so darf man dasselbe bei der rei vindicatio und hereditatis petitio erwarten. Das römische Recht verpflichtet aber den Vindicanten zur Cession seiner Klage nur dann, wenn der Beklagte aus Nachlässigkeit, nicht auch, wenn er absichtlich zu besitzen aufgehört hat. Zur Vereinigung dieser scheinbar widersprechenden Entscheidungen hat man verschiedene Versuche gemacht.

---

199) L. 68. 71. D. 6. 1. L. 4. §. 4. L. 5. pr. §. 3. D. 12. 3.

200) Aus diesem Grunde ist es anders im Falle der contumacia, wo der Beklagte als Besitzer sofort mit der Zahlung der litis aestimatio Eigenthümer wird. L. 46. D. 6. 1.

201) Arg. L. 13. §. 14. L. 25. §. 8. D. 5. 3. L. 95. §. 9. D. 46. 3. Obgleich diese Stellen nur vom dolus praeteritus handeln, so liegt doch kein Grund vor, nach der Litiscontestation anders zu entscheiden.

202) Gerade in diesem Falle schließen Einige der Billigkeit halber die Klage gegen den jetzigen Besitzer aus; so Faber, Rational. ad Pand. ad L. 13. §. 14. D. de hered. petit. Hilliger, ad Donell. Lib. XIX. cap. 12. Glück, Erl. der Pand. Bd. 7, S. 534. Der dafür geltend gemachte Grund, daß der Beklagte sonst doppelt zahlen müsse, schlägt aber nicht durch, da hier nicht zwei auf denselben Gegenstand gerichtete Entschädigungsklagen in Frage sind, die Grundlagen der Eigenthumsklage aber durch die Leistung des Interesse an den Eigenthümer nicht aufgehoben sind. Anders verhält es sich allerdings, wenn von der Litiscontestation der Besitz dolos auf einen Anderen übertragen, von diesem aber an den Eigenthümer restituirt ist (L. 13. §. 14. D. 5. 3. L. 95. §. 9. D. 46. 3.); hier kann wegen mangelnden Interesse gegen denjenigen, welcher den Besitz arglistiger Weise aufgegeben hat, nicht mehr geklagt werden. Ribbentropp, Comm. ad L. 16. §. 5. D. de pignor. p. 64. not. 77. schlägt zur Abwendung jenes Nachtheiles von demjenigen, welcher den Besitz böslicher Weise aufgegeben hat, vor, diesem die Vertheidigung des gegenwärtigen Besitzers zu gestatten und ihn dann mit einer doli exceptio gegen den Vindicanten zu schützen. Es ist dies aber mit Wetzell a. a. O. S. 224, N. 3 ebensowenig für zulässig zu halten, als er die Cession der Eigenthumsklage zu fordern berechtigt ist.

Accursius[203]) und Cujacius[204]) führen dieselben auf den Unterschied zwischen actiones stricti iuris und bonae fidei zurück und nehmen an, daß bei jenen, welchen sie die arbiträren Klagen wenigstens in dieser Beziehung beizählen, die Berücksichtigung von Retentionen, welche der Beklagte in Anspruch nimmt, nicht im officium iudicis liege. Soll aber diese Erklärung nicht sogleich dem Einwande begegnen, daß dann doch auch im Falle des culposen Verlustes keine Cession der Eigenthumsklage gefordert werden könne, so ist weiter darauf zu verweisen, daß es dem arbitrium boni viri, welches durch die formula petitoria dem iudex zugewiesen sei, nicht entspreche, den dolos Handelnden zu unterstützen, während dem Depositar und Commodatar aus dem ihrer Verpflichtung zu Grunde liegenden bonae fidei negotium schon eine Klage zustehe und umsovielmehr eine Einrede gegeben werden müsse. Auch diese Modification beruht jedoch auf sehr zweifelhaften Voraussetzungen. Wenn nämlich die mit der doli clausula versehenen Stipulationen nach der bona fides beurtheilt werden und sogar Klagen hervorbringen, in deren Intention der bona fides Erwähnung geschehen kann, so muß der iudex ohne weiteres auch jede auf der Billigkeit beruhende Einrede berücksichtigen dürfen[205]). Entspricht daher die Cession der Eigenthumsklage bei dem Commodatum und Depositum der Billigkeit, so kann für die Eigenthums- und Erbschaftsklage nichts Anderes gelten. In der That muß also die verschiedene Beurtheilung, welche die römischen Juristen in Bezug auf dolus und culpa eintreten lassen, auf anderen Gründen beruhen. Befriedigend ist die Erklärung Mühlenbruch's[206]). Er sagt: vom Besitzer geschehe die arglistige Veräußerung in der Absicht, einem bevorstehenden Rechtsstreite auszuweichen; diese Absicht könne der Depositar und Commodatar nicht haben, da er immer der Contractsklage ausgesetzt bleibe; deshalb seien die gegen den qui dolo desiit possidere gerichteten Strafbestimmungen nicht auf ihn anzuwenden. Nach seiner Meinung verfällt also derjenige, welcher den Besitz culpos aufgiebt, den Strafbestimmungen des prätorischen Edictes nicht und hat deshalb dem Vindicanten nur den erlittenen Schaden zu ersetzen, nicht auch eine Strafe zu zahlen. So befriedigend auch diese Erklärung ist, so bleibt sie doch insofern noch mangelhaft, als sie sich auf den dolus praeteritus beschränkt, während doch gerade vor der Litiscontestation von keinem Besitzer, mit Ausnahme des unredlichen Besitzers einer Erb-

203) Glossa ad L. 69. D. de R. V.

204) Cuiacius, ad L. 63. D. de R. V.

205) Dies leugnet Huschke, de actionum formulis, quae in lege Rubria extant, p. 29; nach seiner Ansicht bewirkt die doli clausula nur, daß der Gegenstand der Obligation, nicht daß die Obligation selbst nach der bona fides beurtheilt werde oder, was dasselbe ist, daß die bona fides nur dem Gläubiger, nicht dem Schuldner zu Gute komme. Gegen diese Subtilität erklärt sich mit Recht Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 5, S. 496, N. d, unter Berufung auf L. 31. D. 4. 8. und L. 3. C. de recept. (II. 55. (56.).

206) Mühlenbruch, Cession der Forderungen S. 411.

schaftssache, für Culpa gehaftet wird. Zwar war das Edict des Prätors, welches die alienatio iudicii mutandi causa einer Strafe unterwarf, auf die Zeit nach der Litiscontestation nicht anwendbar. Wenn man aber bedenkt, daß dies seinen Grund eben nur in dem Mangel eines Bedürfnisses hatte, indem bei dinglichen Klagen von jeher der zum Besitzer Bestellte für seinen Dolus haftete, so erklärt sich, wie doch auch während des Processes, obschon auf einer anderen Grundlage, das arglistige Aufgeben des Besitzes ganz so streng beurtheilt werden konnte wie vorher. Man leitete die Haftung für dasselbe aus der clausula de dolo ab, betrachtete aber die litis aestimatio nicht als bloßen Schadenersatz, sondern als eine Conventionalstrafe; man nahm an, daß die delictartige Haftung, welche ohne jene Clausel nach der Litiscontestation fortgedauert haben würde, in die Clausel aufgenommen sei, weil es unbillig schien, daß in einem solchen Falle dem Beklagten die zugesagte bona fides zu Gute komme. So bildete sich ein Gegensatz zwischen Dolus und Culpa, und das, was bei einer einfachen Berücksichtigung der bona fides für beide hätte gelten müssen, wendete man nur auf die letztere an. Der Gesichtspunkt einer Strafe, welche den wirklichen Dolus treffen soll, wird in mehreren Stellen nachdrücklich hervorgehoben[207]). Beide in der Note angeführte Stellen ergänzen sich gegenseitig. Während Pomponius dem Beklagten ein Verbrechen zur Last legt, welches darin bestehe, daß er dem Vindicanten sein Eigenthum arglistig zu entziehen strebe (per rapinam), nennt Paulus die daran geknüpften Nachtheile geradezu eine Strafe und folgert daraus die Unzulässigkeit der Cession der Klagen. Ueber diesen Inhalt hinaus sind beide Stellen für den culposen Verlust des Besitzes von sehr wesentlichem Interesse; denn die Vortheile, welche sie dem Dolus absprechen, sind eben solche, welche der Culpa zu Gute kommen. Da ist es nun in der ersten Stelle auffallend, daß statt der Cession der Klagen eine Caution des Klägers erwähnt wird, wodurch er seine Klagen zu cediren verspricht. Mit dieser Caution hat es eine ähnliche Bewandniß, wie mit der cautio de dolo. Wie diese den Kläger wegen jedes vielleicht begangenen Unrechtes des Beklagten sichern soll, so dient jene Caution dazu, dem Beklagten diejenigen Klagen zu sichern, welche ihm bis dahin noch unbekannt oder noch gar nicht entstanden sind, sofern er ihrer zur Erwerbung des Besitzes des Streitgegenstandes bedarf. Denn die dinglichen Klagen können nur als actiones natae cedirt werden, also nur gegen einen bestimmten Besitzer. Hätte dieser also nach der Cession weiter veräußert, so würde der Verurtheilte ohne Caution gar keine Hilfe gehabt haben. Doch gewährte man in einem solchen Falle eine utilis actio, welche als solche Pomponius eine „quasi Publiciana actio" nennt[208]). Daß aber der Besitz es ist, welcher

207) L. 69. 70. D. 6. 1., erstere von Paulus, letztere von Pomponius.

208) Mühlenbruch, Cession S. 473, N. 542 wehrt sich gegen die Annahme, die vom Prätor gegebene Klage sei die Publiciana actio. Hierin hat er insofern Recht, als die von ihm angeführten Juristen die Klage auf den Usucapions-

jene Caution oder neben der Cession Verleihung von utiles actiones nothwendig macht, beweist eine Stelle von Papinian[209]). Dem Juristen lag die Frage vor, ob der wegen seiner Culpa zu verurtheilende Besitzer Cession der Eigenthumsklage verlangen könne. Er bejaht diese Frage, bemerkt aber, der dadurch gewährte Schutz reiche nicht aus, weil ein Dritter in den Besitz des Streitgegenstandes kommen könne; deshalb verleihe der Prätor gegen jeden Besitzer seine Hilfe und sichere dadurch den Verurtheilten vor Schaden. Wie es scheint, kennt Papinian die ohne Zweifel weit vortheilhaftere Caution noch nicht, während sie Paulus nochmals, jedoch in anderer Form erwähnt und zu beachten empfiehlt[210]). In der der in der Note angeführten vorangehenden Stelle[211]) hat er anerkannt, daß der Ungehorsame Eigenthum am Streitgegenstande durch Zahlung der litis aestimatio erwerbe; hier (in L. 47. D. 6. 1.) bestimmt er nun die Bedingungen, unter welchen ein solcher Erwerb von Seiten dessen stattfindet, welcher den Besitz des Streitgegenstandes verloren hat. Daß er hierbei die Culpa, nicht den Dolus des Beklagten im Auge hat, erhellt aus der Art der Schätzung, welche als von dem iudex ausgehend bezeichnet wird[212]). Er nimmt nur in dem Falle einen Erwerb des Eigenthums an, wenn der Verurtheilte den Besitz mit dem Willen des Klägers, d. h. mit einer cedirten Klage erworben hat, und hält es für angemessen, dieses Resultat dadurch zu sichern, daß vor der Verurtheilung vom Kläger durch eine Caution versprochen werde, es solle nicht an ihm liegen, wenn der Beklagte nicht in den Besitz des Streitgegenstandes gelange. Eine andere Caution, als die oben erwähnte, ist dies nicht; sie bedient sich nur eines negativen Ausdruckes statt des dort gebrauchten positiven, welcher unmittelbar auf die Gewährung der zum Besitzerwerbe nöthigen Mittel, d. i. der Klagen, gestellt ist. Vielleicht hat sie aber doch in Einer Beziehung einen weiteren Inhalt als diese. Hat nämlich der frühere Kläger später selbst den Besitz des Streitgegenstandes erlangt, so kann er natürlich auf Cession der Eigenthumsklage nicht belangt werden, da eine solche gar nicht begründet ist. Hier also gewährte die auf Cession gestellte Caution keine

---

besitz des Beklagten stützen wollen. Man darf aber nicht so weit gehen, den Namen ganz zu verbannen. Denn in der That sind die Voraussetzungen beider Klagen ähnlich; beide gründen sich auf einen Kauf, nur daß dessen Gegenstand das eine Mal eine Sache, das andere Mal eine Klage ist. Deshalb spricht Pomponius im letzten Falle auch nur von einer quasi Publiciana actio. Uebrigens giebt Mühlenbruch a. a. O. ebenso wie Cuiacius, Obs. Lib. X. cap. 6. und ad L. 63. D. de R. V. Voet, Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 1. nr. 32. diese Klage nur dem bonae fidei possessor, zu welcher Beschränkung aber kein Grund vorhanden ist.

209) L. 63. D. 6. 1.

210) L. 47. D. 6. 1.

211) L. 46. D. 6. 1.

212) Vgl. außer Wetzell a. a. O. S. 229 auch Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 332, Anm. 3. Ribbentropp, Comm. ad L. 16. §. 5. D. de pign. p. 64. n. 77. in fin.

Hilfe, während die andere ausreichte, welche ebensowohl die Cession der Klagen als die Tradition des Streitgegenstandes umfaßte. Uebrigens verlieh auch der Prätor gegen den Eigenthümer eine Klage auf Herausgabe der Sache, welche weder durch Berufung auf das Eigenthum, noch durch das Erbieten zur Restitution der Aestimation zerstört werden konnte [213]). — Somit ergeben sich sehr bedeutende Unterschiede in der rechtlichen Beurtheilung des Dolus und der Culpa. Hat der Beklagte durch Culpa die Restitution unmöglich gemacht, so wird das Interesse des Vindicanten in gewöhnlicher Weise vom Richter geschätzt, jedoch die Eigenthumsklage auf den Beklagten übertragen. Wegen des Dolus hingegen findet das iusiurandum in litem und keine Cession der Klagen statt; vielmehr ist der Vindicant berechtigt, auch gegen den gegenwärtigen Besitzer aufzutreten, wenn dieser nicht die Vertheidigung desjenigen, welcher arglistiger Weise den Besitz aufgab, übernommen hat [214]). Eine Modification können jedoch diese Grundsätze dann erleiden, wenn der Beklagte nach der Litiscontestation usucapirt hat. Diesen Fall zieht Paulus mit in eine Betrachtung, welche als eine Zusammenstellung der im Falle des Verlustes des Besitzes geltenden Grundsätze angesehen werden kann [215]). — Schließlich sind noch einige Fälle zu erwähnen, in welchen die Veräußerung des Streitgegenstandes während des Processes ganz ohne Nachtheil ist, in welchen der Besitzer entweder gar nichts oder nur seine Bereicherung an den Kläger zu restituiren hat. Erster Fall. Wird der Besitzer einer Sache von Zweien belangt, entweder mit derselben dinglichen Klage oder von Einem mit einer dinglichen, von dem Anderen mit einer Noxalklage, so kann anscheinend das für ihn nachtheilige Resultat eintreten, daß er gegen Beide unterliege und, nachdem er dem Einen die Sache restituirt, dem Anderen als „dolo desinens possidere“ zur litis aestimatio verurtheilt werde. Wie diese Gefahr von dem Besitzer abgewendet und doch die aus der clausula de dolo dem späteren Vindicanten gegenüber entstandene Verbindlichkeit eingehalten werden könne, zeigen mehrere Stellen [216]). Ob die Restitution des Besitzes, wenn sie auf Befehl des Richters geschehen ist, doch als eine dolose Veräußerung anzusehen sei, scheint in diesen Stellen bezweifelt, in der des Paulus geradezu geleugnet zu werden. Auf die Frage nämlich, wie es sich verhalte, wenn zuerst auf die Noxalklage erkannt und demzufolge der streitige Sclave noxae gegeben, dann aber in einem anderen Processe das Eigenthum des Vindicanten anerkannt worden sei, gab nach dem Berichte des Paulus Alfenus die Entscheidung, der Besitzer brauche die litis aestimatio nicht zu zahlen, da er weder dolos, noch culpos zu besitzen aufgehört habe. In der That kann

---

213) L. 63. D. 6. 1.

214) L. 13. §. 14. D. 5. 3.

215) L. 24. D. 6. 1. von Paulus. Damit ist L. 22. D. eod. von Ulpian zu verbinden.

216) L. 57. D. 5. 3. von Neratius. L. 58. D. 6. 1. von Paulus.

es auch hier nicht zweifelhaft sein, daß der Verlust des Besitzes wahrhaft als durch Zufall herbeigeführt zu betrachten ist. Denn er ist infolge eines dem Sclaven anklebenden Mangels erfolgt, dessen Vertretung der Beklagte durch die clausula de dolo nicht übernommen hat, welcher vielmehr den als Eigenthümer anerkannten Vindicanten treffen muß. Anders aber ist es, wenn der Besitzer mit zwei dinglichen Klagen belangt wird. Hier ist er zunächst jedem Vindicanten gegenüber zur Bewahrung des Streitgegenstandes verpflichtet; giebt er denselben also an denjenigen, welcher zuerst siegt, heraus, und der andere beweist dann später ebenfalls sein Eigenthum, so ist jedenfalls das Eigenthum einmal ohne gehörigen Grund anerkannt und daher die geschehene Restitution gewiß nicht ohne weiteres als nicht verschuldeter Verlust des Besitzes zu betrachten. Der mit seiner Klage etwas zu spät aufgetretene Vindicant würde auch durch die Zurückweisung in eine sehr nachtheilige Lage versetzt werden. Trotz des besten Rechtes würde er gegen den in den Besitz des Streitgegenstandes gekommenen Sieger mit einer neuen Klage nicht durchdringen können, da ihm dieser aus der Person seines Auctors, des früheren Besitzers und Beklagten immer eine exceptio rei iudicatae würde entgegensetzen können. Man blieb daher bei der Haftung des Beklagten für die auf den Grund des richterlichen Urtheils geschehene Restitution stehen und ließ ihm vielmehr vom ersten Sieger vor der Restitution wegen Schadloshaltung oder Defension Caution leisten. Denn nunmehr war der Beklagte sowohl als der im Processe noch fortfahrende Vindicant hinlänglich gesichert. Auch der Sieger konnte keinen Schaden leiden, da die Entschädigung des Beklagten durch gehörige Benutzung der Ersterem zu Gebote stehenden Vertheidigungs- und Beweismittel bedingt war. Als besonders zweckmäßig mußte aber die Uebernahme der Vertheidigung von Seiten des Siegers erscheinen, weil nur diejenigen einander gegenübergestellt wurden, welche allein noch ein Interesse am Processe hatten [217]). Mit denselben Cautionen half man, wenn die nachfolgende Klage eine Noxalklage war. Zweiter Fall. Wenn vom redlichen Besitzer ein streitiger Sclave nach der Litiscontestation verkauft und vom Käufer getödtet wird, so ist an sich der Beklagte von jeder Verbindlichkeit frei, da diese doch nicht weiter reichen kann, als wenn er noch besäße. Denn wäre ein Gleiches eingetreten, während sich der Beklagte noch im Besitze befand, so würde ohne Zweifel durch den von ihm nicht verschuldeten, also zufälligen Tod des Sclaven seine Restitutionspflicht aufgehoben werden, weil ihm eine Mora nicht zur Last fiel. Dennoch soll der Beklagte wenigstens das in seinen Händen befindliche Kaufgeld herausgeben [218]). Mit dieser Entscheidung verhält es sich nun in folgender Weise. Die Lage des Beklagten nach der Litiscontestation ist die eines negotiorum gestor, indem ihn wie einen

---

217) Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 1, Abh. 14, §. 8.
218) L. 17. pr. D. 6. 1.

solchen die clausula de dolo dem Kläger gegenüber zu jeder Sorgfalt verpflichtet. Diese Verpflichtung ist nun zwar durch die Veräußerung verfallen, aber auch durch den nachherigen zufälligen Untergang wieder aufgehoben. Nur die in dem Kaufpreise bestehende Bereicherung muß der Beklagte als negotiorum gestor jedenfalls herausgeben: lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet[219]. Anders muß demnach entschieden werden, wenn die Veräußerung nach Eintritt der Mora geschehen und dann der Streitgegenstand untergegangen ist. Hier ist ohne Rücksicht auf ein lucrum, also gleichviel ob verkauft oder derelinquirt worden ist, der Werth zu ersetzen. So erklärt sich eine Entscheidung Ulpian's[220], wo zu den eben mitgetheilten Umständen noch hinzugefügt wird, daß der streitige Sclave während des Processes usucapirt und nach seiner Entweichung von einem Dritten getödtet worden ist. Der Käufer soll alsdann die Wahl haben, vom Beklagten entweder die Cession der actio legis Aquiliae, d. i. seine Bereicherung oder den Werth des Sclaven auf den Grund seiner Mora zu verlangen. Ein dritter Fall geht besonders die hereditatis petitio an[221], kann aber auch bei der rei vindicatio vorkommen. Bei der hereditatis petitio darf der Besitzer der Erbschaft in dem Umfange Veräußerungen vornehmen und Klagen anstellen, als es die ihm obliegende Pflicht zur Erhaltung der Erbschaft verlangt[222]. Dieses Recht war durch ein Rescript von Antoninus Pius auf die Zeit vor Beginn des Erbschaftsstreites angewendet worden, wenn gegen Stellung von Bürgen eine provisorische Verleihung des Besitzes stattgefunden hatte und durch das prätorische Edict auf die gegen cautio iudicatum solvi dem verklagten Besitzer während des Processes überlassene Verwaltung der streitigen Erbschaft übertragen worden; hier sollte jedoch im späteren Rechte die Veräußerung nur nach vorgängiger causae cognitio geschehen[223]. So war nur die Veräußerung gerechtfertigt bei leicht verderblichen Sachen, bei Sclaven, welche der Erbschaft unnütz sind, aber einen kostspieligen Unterhalt verlangen, bei Früchten, welche doch nicht dazu bestimmt sind, ohne Verwendung aufgehäuft zu werden; ebenso wenn baares Geld zur Bezahlung der Begräbnißkosten, zur Bezahlung drückender Erbschaftsschulden, zur Ernährung des Gesindes nothwendig war[224]. In solchen Fällen würde es dem Erben selbst höchst nachtheilig gewesen sein, wenn dem Besitzer die Veräußerung, welche an sich in der custodia rerum nicht liegt, gänzlich untersagt gewesen wäre. Und dennoch würde dies jedenfalls das Resultat einer Haftung sein, welche sich mit dem einfachen pretium nicht begnügte, sondern die durch einen

---

219) L. 17. §. 1. D. 6. 1.
220) L. 17. §. 1. D. 6. 1.
221) Vgl. darüber Wetzell a. a. O. S. 27 flg., 236 flg.
222) L. 5. pr. L. 49. D. 5. 3. L. 5. §. 3. D. 37. 10.
223) L. 5. pr. D. 5. 3.
224) L. 5. pr. L. 20. §. 2. 12. 16. L. 53. D. 5. 3.

Eid zu bestimmende litis aestimatio verlangte. Hier wurde daher die Veräußerung gestattet und eben damit dem Besitzer zur Pflicht gemacht. So erklärt es sich, wie die Zahlung des Preises von Sachen, welche die Erbschaft beschwerten, zwar insofern es sich um Abwendung des iusiurandum in litem handelt, als ein Recht des Beklagten, zugleich aber als ein Recht des Klägers hingestellt wird, wenn es in dessen Interesse lag, daß durch den Verkauf ein Nachtheil von der Erbschaft abgewendet werde [225]). Auch bei der rei vindicatio kann, obwohl seltener, eine Veräußerung des Streitgegenstandes oder der Früchte vorkommen [226]). Der einzige hier denkbare Rechtfertigungsgrund ist die Gefahr des Verderbens, wegen der Accessionen auch das Bedürfniß von Verwendungen auf die streitige Sache. cc) Haftung wegen Verschlechterung des Streitgegenstandes. Die Pflicht des Beklagten zur Restitution des Streitgegenstandes gewährt dem Vindicanten keine Sicherheit gegen die während des Processes möglichen Verschlechterungen, da die Sache verschlechtert restituiren, doch noch immer restituiren heißt. Es ist also das Bedürfniß vorhanden, dieserhalb für den Beklagten besondere Verpflichtungen zu begründen, Verpflichtungen, welche im alten Processe nach dem Berichte des Asconius von den praedes litis vindiciarum getragen wurden [227]) und später in die clausula de dolo übergegangen sind. Daß diese es ist, in welcher die Haftung des Besitzers für jede durch seine Arglist oder Nachlässigkeit eingetretene Verschlechterung liegt, ergiebt sich aus dem, was früher für die bösliche Vernichtung beigebracht worden ist. Denn es kann im Princip keinen Unterschied machen, ob der Streitgegenstand ganz oder nur zum Theile vernichtet wird; was vom Ganzen gilt, muß auch vom Theile gelten. Bei Erbschaften wird beides geradezu zusammenfallen, da die Vernichtung einer Erbschaftssache immer nur die eines Theiles der Erbschaft ist. So sind es nun auch nicht etwa nur positive Einwirkungen, welche den Besitzer zum Ersatze verpflichten, sondern vielmehr der Mangel derjenigen Sorgfalt, welche, an sich nur in den bonae fidei negotia liegend, durch die clausula de dolo besonders übernommen worden ist. Denn der Besitzer haftet auch für solche Verschlechterungen, welche durch culpa in non faciendo bewirkt sind [228]). Nach der ersten der in der Note angeführten Stellen fällt es dem Besitzer zur Last, wenn er den zur Erhaltung des Streitgegenstandes nöthigen Aufwand nicht macht, und zwar nach der Litiscontestation dem redlichen wie dem unredlichen Besitzer, vorher dem unredlichen; hier liegt also offenbar eine negative Culpa vor. Ebenso findet die andere Stelle eine Nachlässigkeit des Besitzers darin, daß er Häuser und Aecker nicht in Bau und Besserung hält und bezeichnet in dieser Beziehung den hergebrachten Zustand der Grundstücke, d. i. bei

225) L. 20. §. 2. L. 33. §. 1. L. 53. D. 5. 3.
226) L. 15. §. 1. D. 6. 1.
227) Asconius ad Cic. in Verr. II. 1. 45.
228) L. 31. §. 3. L. 54. §. 2. D. 5. 3.

Erbschaftssachen die Cultur des Erblassers als den Maßstab seiner Verpflichtungen. Nun besteht aber doch zwischen positiver und negativer Schuld des Besitzers der Unterschied, daß letztere nur in dem Eigenthums- und Erbschaftsprocesse zur Sprache kommen, erstere dagegen auch mit einer selbstständigen Delictsklage verfolgt werden können. Ist also z. B. der streitige Sclave verwundet, so hat der Eigenthümer die actio legis Aquiliae, ist er geschlagen, die actio iniuriarum [229]). In diesen Fällen steht also dem Vindicanten zwischen zwei Mitteln, sich schadlos zu halten, die Wahl zu. Zieht er die Delictsklage vor, so wird nach Restitution des Streitgegenstandes der Besitzer absolvirt; läßt er den Besitzer in dem Eigenthumsprocesse wegen des Delictes verurtheilen, so kann er zum Verzichte auf die Delictsklage angehalten werden. Hierbei ist nun aber zweierlei auffallend: erstens, daß es eines Verzichtes zur Beseitigung der Delictsklage bedarf, zweitens, daß Ulpian (in L. 13. D. 6. 1.) sich so ausdrückt, als ob dieser Verzicht die ganze Klage umfasse, auch wenn sie einen höheren Ertrag geben sollte, als die bei der dinglichen Klage vorgenommene Schätzung. In beiden Beziehungen gelten nämlich bei der solidarischen Concurrenz mehrerer Obligationen andere Grundsätze. Weil diese auf denselben Gegenstand, d. i. auf Schadenersatz gerichtet sind und doch eine ganz selbstständige Existenz haben, so geht die eine zwar nicht schon, wenn aus der anderen Litiscontestation oder Urtheil, wohl aber wenn aus ihr Zahlung erfolgt, unter. Die Zahlung der einen ist auch Zahlung der anderen, soweit deren Gegenstand nicht umfassender ist; das Mehr aber bleibt bestehen und kann daher noch immer eingeklagt werden [230]). In einem solchen Verhältnisse scheinen nun auch der aus der clausula de dolo hervorgehende Anspruch und jene Delictsklagen zu stehen und dennoch finden wir eine so ganz abweichende Entscheidung. Diese Erscheinung kann auf folgende Weise erklärt werden [231]). Der ausdrückliche Verzicht auf die concurrirende Klage wird, außer im vorliegenden, noch in drei anderen Fällen erwähnt. Hat der Besitzer einen Erbschaftssclaven vor Antritt der Erbschaft getödtet, so ist der Erbschaft (und nicht wie nachher dem Erben) eine actio legis Aquiliae erworben, welche ebensowohl mit der hereditatis petitio als selbstständig geltend gemacht werden kann. Zieht es nun der Erbe vor, im Erbschaftsprocesse den Beklagten verurtheilen zu lassen, so soll er auf die Delictsklage verzichten (cavere, se non acturum lege Aquilia) [232]). Wird ein Dieb mit der rei vindicatio belangt, so bleibt er doch mit der condictio furtiva verhaftet. Eben deshalb soll der Richter die Restitution nur unter der Bedingung anbefehlen, daß der Kläger der condictio ent-

229) L. 13. 14. 15. pr. D. 6. 1.
230) Vgl. z. B. L. 5. §. 10. L. 7. §. 1. D. 13. 6. L. 28. D. 19. 1. L. 43. 47. pr. D. 17. 2. L. 34. §. 2. D. 44. 7. S. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 5, §. 233.
231) Vgl. Wetzell a. a. O. S. 243 flg.
232) L. 36. §. 2. D. 5. 3.

sage (quum si condictionem petitor remitteret)[233]). Endlich, wenn ein Pupill sich ohne auctoritas tutoris eine Stipulation „salvam rem pupilli fore“ hat leisten lassen, so hat er die Wahl zwischen der Klage aus dieser Stipulation und der actio tutelae. Wählt er die letztere, so soll die Verurtheilung des Vormundes nur dann ausgesprochen werden, wenn er zuvor die andere Klage aufgegeben hat (quam si ex stipulatione liberatio fieret)[234]). Diese Fälle haben das Gemeinsame, daß eine bestehende Obligation ohne die Absicht der Novation von Seiten des Gläubigers und daher ohne Tilgung der älteren Obligation in eine Stipulation aufgenommen ist. Bei jener Caution „rem pupilli salvam fore“ nämlich hatte der Pupill ohne Mitwirkung eines Vormundes stipulirt und daher wohl eine neue Forderung erworben, aber die alte nicht aufgegeben. Dasselbe trat aber, obgleich aus einem verschiedenen Grunde, in den beiden anderen Fällen ein. Denn der Kläger wollte, indem er sich cautio iudicatum solvi leisten ließ, nicht die condictio furtiva oder die actio legis Aquiliae, sondern sein Eigenthum und Erbrecht geltend machen, also gewiß nicht jene Klagen durch Aufnahme in die Caution aufgeben. Der hier der Betrachtung zunächst vorliegende Fall weicht freilich insofern von diesen Voraussetzungen ab, als die betreffende Caution, d. i. die clausula de dolo, schon vor der Verübung des Delictes geleistet worden ist; sie ist aber doch in der Voraussicht möglichen Unrechtes geleistet und verfällt in demselben Augenblicke, wo dieses eintritt. Mithin nimmt auch sie der Sache nach Ansprüche, welche aus Delicten entstehen, in sich auf, ohne dieselben tilgen zu wollen, da sie, wie überhaupt die cautio iudicatum solvi, allein die Geltendmachung des Eigenthums bezweckt. Dennoch war es umgekehrt in allen diesen Fällen auch nicht die Absicht des Schuldners, durch die Leistung der Stipulation sich zum zweiten Male zu verpflichten, wie es am anschaulichsten bei dem Vormunde ist, welcher durch die Ableistung der Stipulation gerade die einfache actio tutelae beseitigen wollte. Deshalb ist es aber der Billigkeit angemessen, von dem Kläger zu verlangen, daß er, ehe die Stipulation durch eine Verurtheilung des Beklagten verwirklicht wird, zwischen der alten und neuen Forderung wähle und, wenn er bei der letzteren beharrt, auf jene verzichte. Nunmehr liegt eine wahre Novation vor und es ist kein Zweifel, daß auf die alte Forderung, auch nur auf das Mehr, ferner nicht zurückgegangen werden kann. Während also an sich Solidarität zwischen beiden Forderungen bestehen müßte, ist man durch das Verhältniß der Stipulation zu der Delictsobligation veranlaßt, einen wesentlich anderen Erfolg dadurch herbeizuführen, daß man den Kläger zur Wahl zwischen beiden und zum Verzicht auf eine von beiden nöthigt[235]). In Einem

233) L. 9. §. 1. D. 47. 2.
234) L. 9. pr. D. 46. 2.
235) Diese von Wetzell gegebene Erklärung weicht ab von der Savigny's a. a. O. S. 227. Dieser führt unter den Stellen, in welchen die eine Klage durch die andere absorbirt zu werden scheine, so daß nur eine derselben

Falle aber ist der Kläger auf die Delictsklage beschränkt. Ist nämlich der Streitgegenstand nach der Beschädigung rein zufällig und ohne daß sich dem Beklagten ein Verzug zur Last legen läßt, untergegangen, so wird der Beklagte absolvirt, weil der Untergang die Beschädigung absorbirt hat. Denn der Vindicant macht zunächst sein Eigenthum geltend; hat er dieses vor dem Urtheile durch den Untergang der Sache ohne Schuld des Besitzers verloren, so kann von Entschädigungsansprüchen, welche auf dem Eigenthum beruhen und nur beiläufig im Eigenthumsprocesse verfolgt werden, nicht mehr die Rede sein. Durch die Aquilische Klage hingegen fordert man Ersatz des zugefügten Schadens, d. i. Ausgleichung der Differenz, welche zwischen dem früheren und dem jetzigen Zustande des Vermögens besteht. Diese Differenz wird dadurch, daß der Rest des verletzten Gegenstandes untergeht, nicht beseitigt, und deshalb dauert die Aquilische Klage fort[236]. dd) Haftung wegen der Früchte, welche der Beklagte zu ziehen oder zu bewahren verabsäumt hat[237]. Die Grundsätze, welche das römische Recht über die Prästation der Früchte im Eigenthums- und Erbschaftsprocesse aufstellt, lassen sich nur dann verstehen und die Zeugnisse der Quellen nur dann in vollständigen Einklang bringen, wenn die verschiedenen Gesichtspunkte, welche sich im späteren Rechte durchdrungen haben, gesondert und auseinander gehalten werden. Zunächst ist die rei vindicatio zu behandeln. Die Früchte sind Accessionen des Streitgegenstandes. Als solche erscheinen sie jedenfalls vor ihrer Absonderung, indem sie dann in der Hauptsache noch vollständig aufgehen. Aber auch nach der Lostrennung dauert ein Affinitätsverhältniß zwischen beiden fort, vermöge dessen die Früchte, seien sie vor oder nach der Litiscontestation selbstständig geworden, in den Rechtsstreit über die Hauptsache hineingezogen werden. Sie sind in dieser Beziehung Gegenstand der clausula iudicatum solvi und müssen deshalb im Augenblicke des Judicates im Besitze des Beklagten sein, weil sie nur unter dieser

---

gebraucht werden könne, auch die L. 13. D. 6. 1. auf, und nimmt an, diese Stellen könnten so verstanden werden, daß sie blos von dem gewöhnlichen Falle reden wollten, worin die Aquilische Klage keinen höheren Ertrag gebe, als die Contractsklage. Für andere Stellen ist diese Erklärung vollkommen ausreichend, für die angeführte L. 13. und andere Stellen kann sie schon deshalb nicht gebraucht werden, weil sie den Verzicht auf die concurrirende Klage gar nicht berührt. Viele Juristen haben diesen Verzicht oder, wie er in zwei Stellen heißt, diese „cautio, se non acturum lege Aquilia" ganz übergangen, andere haben ihn, abgesehen von den Kosten des zukünftigen Processes, für eine überflüssige Cautel gehalten; vgl. die Glosse zur L. 13. cit. Faber, Rationalia ad Pand. ad h. l. Dagegen hat Cuiacius ad L. 36. §. 2. D. 5. 3. (Opp. T. V. p. 264. ed. Venet.) nicht nur die Eigenthümlichkeit des Falles hervorgehoben, sondern auch eine der Wahrheit sehr nahe kommende Erklärung gegeben.

236) L. 27. §. 2. D. 6. 1.

237) Von neuerer Literatur über diesen Gegenstand ist zu erwähnen: Heimbach iun., die Lehre von der Frucht (Leipzig 1843) Abh. 6, 7, 8. Wetzell a. a. O. §. 32, S. 246 flg.

Voraussetzung der Restitutionspflicht unterliegen können. Eine wahre Ausnahme war es daher, daß man in späterer Zeit die Eigenthumsklage wie auf Sachen, so auch auf Früchte richtete, welche der Besitzer vor der Litiscontestation dolos zu besitzen aufgehört oder, wie man dafür bei Früchten sagte, consumirt hatte, gleich als besitze er noch. Natürlich setzte dies einen Besitzer voraus, welcher ein Bewußtsein von seinem Unrechte hatte, und würde daher nach der Litiscontestation auch bei dem redlichen Besitzer, der doch sein Unterliegen im Processe als möglich denken mußte, gegolten haben, wenn man hier nicht von jeher in sehr viel weiterem Umfange dem Beklagten die Haftung für Früchte auferlegt hätte, welche er zur Zeit des Judicates nicht besaß. Nach der Litiscontestation soll nämlich der Beklagte, wenn er in gutem Glauben ist, für alle Früchte einstehen, welche er gezogen, aber consumirt oder welche er durch seine Culpa nicht bezogen hat[238]). Es sind dies dieselben Früchte, welche man im alten Processe nach Ertheilung der Vindicien verdoppelte und welche in Beziehung hierauf Paulus in den Sententiae als solche bezeichnet: quos possessor capere vel possidere neglexit[239]). Fragt man nun, worin diese Haftung ihren Grund habe, so wird man schon durch die Erwähnung der Culpa, welche in den in der Note angeführten Stellen offenbar die negative mit begreift, noch bestimmter aber durch Folgendes auf die clausula de dolo hingewiesen. 1) Die clausula de dolo verpflichtet nach dem früher Bemerkten den Beklagten, allen Fleiß auf die Aufbewahrung des Streitgegenstandes zu wenden, so daß, wenn dieses durch seine Schuld untergegangen oder sonst wie aus seinem Besitze gekommen ist, er die litis aestimatio zu zahlen hat. Da nun die Früchte Accessionen der Streitgegenstände sind, so muß von ihnen dasselbe gelten; ja die römischen Juristen betrachten dies so sehr als sich von selbst verstehend, daß sie die consumirten Früchte bei weitem seltener erwähnen, als die zu percipirenden. 2) Wie aber die Haftung für fructus percipiendi mit der vorigen und mit der clausula de dolo zusammenhänge, zeigt schlagend der weitere Verlauf der in der Note 238 angeführten Stelle des Paulus[240]), wo die Fruchtprästationen für den Fall normirt werden, daß der Beklagte den Besitz nach der Litiscontestation aufgegeben hat. Hier soll er nicht, wie im

238) So drücken sich die Institutionen aus. §. 2. Inst. IV. 17. Im Ausdrucke verschieden, aber im Sinne übereinstimmend, ist eine Stelle des Paulus (L. 33, D. 6. 1.), bei welcher nur festzuhalten ist, daß es zur Schätzung percipirter Früchte erst dann kommt, wenn sie in Natur nicht restituirt, namentlich also, wenn sie consumirt worden sind. Desselben Inhaltes ist eine Constitution von Valentinian I. und Valens in der Gestalt, welche sie in der Justinianeischen Compilation erhalten hat. L. 2. C. VII. 51. Das Original dieser Stelle ist L. 1. Th. C. IV. 18. Die sich hier findenden Bestimmungen über Verdoppelung der Früchte sowie über die Leistungen des unredlichen Besitzers sind von Justinian weggelassen worden.

239) Paul. Sent. Lib. I. Tit. 13b. §. 8.

240) L. 33. D. 6. 1.

Falle unverschuldeten Verlustes, blos für die Zeit des Besitzes[241]), sondern bis zur Zeit des Urtheils die Früchte prästiren, also wohl aus keinem anderen Grunde, als aus welchem die Pflicht zum Ersatze der dolos oder culpos vernichteten Sache selbst entspringt, d. i. aus der clausula de dolo. Durch dieses Beispiel wird zugleich ein Irrthum, zu welchem die zwischen beiden Fällen der Haftung bestehende Verwandtschaft leicht verleiten kann, widerlegt. Von Heimbach iun. ist nämlich die Ansicht aufgestellt worden, die Verpflichtung zur Perception setze existirende Früchte voraus, welche der Beklagte nur an sich zu nehmen brauche[242]), so daß im Grunde beide Fälle zusammenfielen, da der Besitzer der Hauptsache durch bloße Separation auch an den Früchten juristischen Besitz erwirbt, mithin das Unterlassen der Perception (das hieße, des Einsammelns) eigentlich nur ein verschuldeter Verlust des Besitzes sein würde. Wäre dies die Meinung der römischen Juristen gewesen, so könnte dem Beklagten die Leistung von Früchten gewiß nicht in einem Falle auferlegt werden, in welchem er nicht einmal den Besitz der Hauptsache hat. Auch würden unter den fructus percipiendi niemals sog. fructus civiles begriffen sein, da diese ohne Zuthun des Beklagten gar nicht existent werden können[243]). Man muß vielmehr unter der Prästation der zu percipirenden Früchte eine selbstständige Verpflichtung denken, die Leistung des Interesse, welches der Kläger an der Anwendung des zur Erzeugung von Früchten nothwendigen Fleißes, an der Vornahme der Arbeiten und Verwendungen hat, welche die Erzielung gewisser Früchte voraussetzt[244]). Darin liegt aber nicht die Verpflichtung zu Verwendungen, welche den Ertrag des Streitgegenstandes mehren, sowenig wie wenn sie gemacht sind, die Pflicht zum Ersatze derjenigen Früchte, welche unter diesen Umständen gezogen werden konnten, aber nicht gezogen worden sind. Den Maßstab für die Pflicht des Fruchtbezuges giebt also der vor der Verbesserung bestehende Zustand des Streitgegenstandes ab[245]). So gestalten sich die Verpflichtungen hinsichtlich der Früchte nach der Litiscontestation bei dem redlichen Besitzer. Einige Modificationen nehmen dieselben aber bei dem unredlichen Besitzer an. Denn da dieser durch die Litiscontestation in Verzug versetzt wird, so muß er für die vor der Litiscontestation percipirten Früchte auch dann einstehen, wenn sie ohne seine Schuld später untergegangen sind. Außerdem aber soll er nicht nur für diejenigen Früchte, welche er selbst bei gehörigem Fleiße hätte ziehen können, son-

241) L. 79. D. 6. 1.

242) Heimbach iun., Lehre von der Frucht S. 171 flg. Vgl. dagegen besonders Wächter, Erörterungen Heft 1, S. 64 flg.

243) L. 62. pr. D. 6. 1. L. 19. pr. D. 22. 1.

244) Siehe außer Wetzell a. a. O. S. 249 flg. Buchholtz, juristische Abhandl. S. 14 und in der Recension des Heimbach'schen Buches in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. 1844 S. 517. Wächter a. a. O.

245) L. 31. D. 6. 1.

dern sogar für diejenigen, deren Perception dem Kläger möglich gewesen wäre, haften[246]). Die Ausleger haben es sich mit der in der Note angeführten Stelle leicht gemacht; sie beziehen dieselbe auf die ganze Dauer des Besitzes, ohne eine Vereinigung mit den zahlreichen Stellen zu versuchen, welche vor der Litiscontestation den unredlichen Besitzer nur zur Prästation der percipirten und consumirten Früchte verpflichten. Ein solcher Versuch aber würde, will man nicht einen absoluten Widerspruch annehmen, nothwendig zu einer Modification jener Auffassung geführt haben. In der That kann man jener Auffassung nach zwei Seiten hin ausweichen. Richtiger ist die Lesart der Vulgathandschriften „fruitus sit" statt der Florentinischen „fruiturus sit", welche keinen passenden Sinn giebt, da es so viel als „frui potuerit" nicht heißen kann und im Augenblicke der Schätzung eine Hinweisung auf die Zukunft ganz unzulässig ist. Die Richtigkeit jener Lesart aber vorausgesetzt, könnte man folgenden Sinn in der Stelle finden. Wenn es sich frage, welche Früchte der unredliche Besitzer zu prästiren habe, so werde nicht darauf gesehen, ob der Beklagte gewisse Früchte gezogen habe (an fruitus sit), sondern ob der Kläger, falls ihm restituirt worden, zur Perception der vom Beklagten gezogenen berechtigt gewesen wäre. Habe also einem Dritten der Nießbrauch an dem Streitgegenstande zugestanden, so könne der Kläger die diesem gebührenden Früchte nicht fordern. Hiernach würde also Papinian (von welchem die Stelle herrührt) gar nicht mehr von dem Maße und der Qualität der Verpflichtung des Beklagten, sondern, wie es in anderen Stellen geschieht[247]), von einer äußeren Begrenzung seiner Leistungen handeln. Gegen diese Erklärung läßt sich aber das Bedenken aufwerfen, daß sie auch auf den redlichen Besitzer paßt, mithin unerklärt läßt, warum der Jurist seine Regel nur für den unredlichen aufstellt. Daher ist einer anderen Erklärung der Vorzug zu geben, welche zwar in der Forderung derjenigen Früchte, welche der Kläger hätte ziehen können, eine Steigerung der Leistungen sieht, welche man von einem sorgsamen Hausvater erwartet, aber diese Haftung doch erst mit der Litiscontestation eintreten läßt. Offenbar stützen sich diejenigen, welche behaupten, der unredliche Besitzer müsse schon vor der Litiscontestation von der Besitzergreifung an für fructus percipiendi haften, auf den Ausdruck: si ei possidere licuisset. Unleugbar kann damit ebensogut der Zeitpunkt, mit welchem der Besitzer in Verzug kommt, d. h. der Zeitpunkt der Litiscontestation bezeichnet werden. Da erweislich ist, daß ein ganz gleichbedeutender Ausdruck unter ähnlichen Verhältnissen ausdrücklich auf die Litiscontestation bezogen worden ist, so ist man auch berechtigt, jenen Worten Papinian's dieselbe Bedeutung beizulegen[248]). Bei der actio confessoria können, wie bei der

246) L. 62. §. 1. D. 6. 1.

247) L. 33. 35. pr. L. 79. D. 6. 1. L. 19. pr. D. 22. 1.

248) Die hierher gehörige Stelle ist L. 19. §. 1. D. 22. 1., namentlich die Worte: nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor,

Eigenthumsklage, Früchte in Anschlag gebracht werden, sobald die streitige Servitut der Früchte fähig ist[249]). Klagt also der Usufructuar eines Sclaven gegen den Besitzer desselben, so muß dieser restituiren, was der Sclave aus dem Vermögen des Usufructuars oder seinen Diensten erworben hat. Dies sind die gezogenen Früchte, welche der unredliche Besitzer ohne Rücksicht auf ihr Vorhandensein leisten muß. Bei sehr vielen Servituten sind aber gar keine Früchte denkbar, wenn man nicht darunter den Vortheil verstehen würde, welchen der Kläger ohne die Verhinderung in der Ausübung der Servitut gezogen hätte. Und dieser Vortheil soll nun nicht etwa vom Augenblicke der Störung an geleistet werden, wie man es für die rei vindicatio behauptet, sondern vom Augenblicke der Litiscontestation an. Soll also eine Uebereinstimmung der Grundsätze bestehen, welche das römische Recht über die Leistungen des unredlichen Besitzers (denn ein solcher ist offenbar der Störer einer Servitut) bei dinglichen Klagen aufstellt, so muß man sich den Ausdruck Papinian's in L. 62. §. 1. D. 6. 1.: si ei possidere licuisset in folgender Weise umschrieben denken: si statim eo tempore, quo petisset, possidere ei licuisset[250]). In dieser Beschränkung läßt sich nun aber die Prästation der zu percipirenden Früchte in einen allgemeineren Zusammenhang bringen. Nach dem früher Bemerkten umfaßt das Versprechen des Beklagten, sich jeder Arglist zu enthalten, die ganze Dauer des Rechtsstreites, begreift mithin auch den Zeitpunkt in sich, in welchem der Proceß übernommen wurde. Dies zeigte sich bereits bei demjenigen, welcher, ohne Besitzer zu sein, sich böslich zum Streite erbot. Eine andere Anwendung findet sich hier. Gewiß läßt sich sagen, derjenige handele dolos, welcher einen Proceß annimmt, obwohl er weiß, daß ihm das streitige Recht nicht zustehe, und er sei deshalb zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Hätte also der Vindicant Früchte ziehen können, deren Perception dem Besitzer auch bei Anwendung allen Fleißes unmöglich war, so haftet dieser nicht blos für die von ihm vernachlässigten, sondern auch für diejenigen Früchte, deren Genuß er dem Vindicanten entzogen hat. — Wir betrachten nun die hereditatis petitio. Der Besitzer von Erbschaftssachen haftet schon vor der Litiscontestation in anderer Weise als der Besitzer einzelner Sachen. Aus dem Gesichtspunkte einer negotiorum gestio folgerte man, daß der redliche Besitzer nicht blos die noch vorhandenen, sondern auch die consumirten Früchte, soweit er dadurch bereichert ist[251]), und der unredliche Besitzer nicht nur alle percipirten, wenn sie gleich consumirt sein sollten, sondern auch diejenigen, welche er bei ge-

---

si statim eo tempore, quo petisset, ire agere non prohiberetur: quod admittendum est.

249) L. 4. §. 2. D. 8. 5. L. 5. §. 3—6. D. 7. 5.

250) So versteht die Stelle vor Wetzell schon Donellus, Comm. iur. civ. p. 1158. ed. Hanov. 1656.

251) L. 40. §. 1. D. 5. 3. L. 1. §. 1. C. III. 31.

hörigem Fleiße hätte ziehen können, prästiren müsse[252]). Was die Gestaltung dieser Verpflichtungen nach der Litiscontestation anlangt, so haftet der redliche Besitzer jetzt ganz so, wie der praedo vor der Litiscontestation oder wie der Besitzer einer Einzelsache nach diesem Zeitpunkte[253]). Die Verpflichtungen des unredlichen Besitzers erleiden durch die Litiscontestation im wesentlichen rücksichtlich der Früchte keine Veränderung; denn wie er vorher zu allem Fleiße verpflichtet ist, so ist er es auch nachher, gleich dem redlichen Besitzer. Er haftet also für alle Früchte, welche er mit gehörigem Fleiße hätte ziehen können, sowie für Zinsen von Erbschaftsgeld, welches er eingezogen hat oder einziehen konnte[254]). Hat der praedo die Früchte consumirt, so haftet er als dolo desinens possidere für die Früchte selbst und nur wenn diese dem Verderben ausgesetzt waren, zahlt er Pretium und Zinsen[255]). Diese Bestimmungen gelten nun nicht blos vor der Litiscontestation, sondern auch nachher. Allein darin ist allerdings ein Unterschied, daß von den nach der Litiscontestation verfallenden Früchten keine Zinsen gezahlt werden. Dies erklärt sich auf folgende Weise. Durch die cautio iudicatum solvi werden alle bisherigen Verpflichtungen des Besitzers zu Einem Ganzen zusammengefaßt, welches der Beklagte für den Fall des Unterliegens zu restituiren verspricht. Darum vermehren die Früchte nach der Litiscontestation die Erbschaft nicht mehr in der Art, daß sie Theile derselben würden, welche selbst wieder fruchterzeugende Kraft besäßen, sondern erscheinen als Accessionen der Hauptleistung, welche sich gleichwohl noch ganz nach denselben Grundsätzen erzeugen wie vorher, da auch die clausula de dolo die Verbindlichkeiten des Besitzers den aus einem bonae fidei negotium hervorgehenden gleichstellt. Gewissermaßen besteht also die mit der Litiscontestation eintretende Veränderung, daß der Besitzer nicht mehr als Geschäftsführer der Erbschaft, sondern als der des Erben erscheint. Aus dieser Continuität der Verpflichtungen verneint sich wohl auch die Frage, ob der unredliche Besitzer nach der Litiscontestation für die vom Kläger zu ziehenden Früchte hafte. Es scheint zwar dafür der weite und allgemeine Ausdruck der Regel Papinian's[256]) zu sprechen; es ist aber gewiß auffallend, daß nirgends in den von der hereditatis petitio handelnden Titeln eine Anwendung jener Regel gemacht wird, und entscheidend ist, daß auch der negotiorum

---

252) L. 25. §. 4. 9. D. 5. 3. L. 5. C. III. 32.

253) Dies beweisen außer den auf die Eigenthumsklage bezüglichen Stellen (§. 2. Inst. IV. 17. L. 2. C. VII. 51.) noch folgende Stellen: Paul. Sent. Lib. I. Tit. 13b. §. 9. L. 1. §. 1. C. III. 31.

254) L. 20. §. 11. 15. D. 5. 3. Selbst was er selbst schuldete, gehört hierher, und da ihn auch die Vernachlässigung der Früchte zum Ersatze des Interesse verpflichtet, so muß er selbst von diesen Zinsen zahlen, gleichwie er von den gezogenen Früchten wieder Früchte geben muß. L. 25. §. 2. L. 40. §. 1. L. 51. §. 1. D. 5. 3.

255) Arg. L. 20. §. 12. D. 5. 3.

256) In L. 62. §. 1. D. 6. 1.

gestor nach der Litiscontestation keine höheren Früchte oder Zinsen leistet als vorher[257]. So gestalten sich also die Verpflichtungen des unredlichen Besitzers bei der rei vindicatio und hereditatis petitio nur hinsichtlich der fructus percipiendi verschieden. Sie unterscheiden sich darin, daß der Besitzer einer Einzelsache vor der Litiscontestation für dieselben nicht einsteht, nachher aber sogar für diejenigen haftet, welche der Kläger hätte ziehen können, während der Besitzer einer Erbschaftssache ohne Unterbrechung wie ein negotiorum gestor allen Fleiß auf den Fruchtbezug zu verwenden hat, zu keiner Zeit mehr, zu keiner weniger prästirt. Hiermit ist die Grenze bestimmt, deren Existenz in den Institutionen angedeutet wird[258]. — Schließlich ist zu gedenken, daß die Verdoppelung der in Natur nicht restituirten Früchte, welche sich bei der Eigenthums- und Erbschaftsklage auf den früheren Entwickelungsstufen vorfindet, in das Verfahren per formulam petitoriam nicht übergegangen ist. Dafür sprechen zwei Gründe. Erstens der unmittelbare Zusammenhang, in welchem diese Verdoppelung nach den 12 Tafeln zur Ertheilung der Vindicien steht; mit dem Verschwinden der letzten in dem Verfahren per formulam petitoriam muß auch jene Verdoppelung weggefallen sein. Zweitens spricht dafür eine im Theodosischen Codex befindliche, von Justinian aber nicht vollständig aufgenommene Constitution von Valentinian I. und Valens[259], in welcher die Zahlung doppelter Früchte wieder eingeführt wird und zwar ohne Zweifel mit Rücksicht auf das spätere Verfahren, da auch die vor Beginn des Processes fallenden Früchte dem unredlichen Besitzer verdoppelt werden sollen, was im älteren Rechte nur in dem seltenen Falle vorkam, wenn die Vindicienertheilung provisorisch geschehen war[260]. In der Justinianeischen Compilation sind die doppelten Früchte getilgt.

DDD. Veränderungen des Verfahrens per formulam petitoriam in der Zeit der späteren Kaiser. Diese Veränderungen bestehen weniger in einer selbstständigen Umgestaltung der

---

257) L. 19. §. 4. D. 3. 5. L. 17. §. 7. D. 22. 1. L. 15. 58. §. 1. D. 26. 7. L. 24. C. IV. 32.

258) §. 2. Inst. IV. 17. verb.: Et si hereditas petita sit — praedo fuerit. Diese Stelle ist wegen ihrer Allgemeinheit zur Ziehung irgend einer Folgerung untauglich, gleichwohl aber von Allen zur Bestätigung ihrer Ansicht benutzt worden. Nach der Meinung von Schrader, Inst. ad h. l. soll das „eadem ratio" nicht eine Vergleichung der rei vindicatio und hereditatis petitio, sondern der fructus percipiendi mit den der Restitution im Vorausgehenden bereits unterworfenen fructus percepti enthalten; das „paene" soll sich hiernach auf den Beweis beziehen; es sei schwerer zu beweisen, welche Früchte hätten percipirt werden können, als welche percipirt werden seien. Dem steht, wie Wetzell a. a. O. S. 258, N. 2 mit Recht bemerkt, entgegen, daß bei dieser Erklärung übersehen ist, daß schon die vorausgehenden Sätze eine Vergleichung beider Klagen enthalten; daher kann die an sich natürlichere Verbindung des „eadem ratio" mit den Worten „in utraque actione" umsoweniger umgangen werden.

259) L. 1. Th. C. IV. 18. vgl. mit L. 2. C. VII. 51.

260) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 9. §. 1.

überlieferten Grundsätze, als in einer Fixirung derselben im Sinne einer Gesetzgebung, welche den Bildungen der Wissenschaft und des Lebens sichere Auctorität verleihen zu müssen glaubte. Die eigenthümliche Form des Vindicationsprocesses auf der letzten Stufe seiner Entwickelung, welche darin bestand, daß der Proceß auf einer unter Auctorität des Prätors abgeschlossenen Uebereinkunft der Parteien beruhte, welche die hergebrachten Verpflichtungen des Beklagten in sich aufnahm, war eben wegen dieser Vertragsgrundlage der kaiserlichen Gesetzgebung ein Anstoß. Dieser Gesetzgebung schien es passender, in dieser Beziehung zu dem alten Rechte zurückzukehren, welches überall mit absoluter Geltung versehene Normen aufgestellt hatte. Justinian bezeugt, daß die Leistung der cautio iudicatum solvi zu seiner Zeit außer Gebrauch sei, außer im Falle der processualischen Vertretung des Beklagten[261]); in den Institutionen ist aber ausdrücklich bestimmt, daß nicht nur bei dinglichen, sondern auch bei persönlichen Klagen eine cautio de re defendenda geleistet werden solle, sei es durch Bürgschaft oder Eid oder auch, wo dies nach allgemeinen Regeln zulässig sei, durch einfache repromissio[262]). In der That sind nunmehr alle Verpflichtungen des Beklagten auf gesetzliche Vorschrift zurückgeführt und sicher war es selbst bei jener allein übriggebliebenen clausula Justinian mehr um Sicherstellung als um Begründung der Vertheidigungspflicht zu thun. Ihrem Inhalte nach haben aber die alten Verpflichtungen keine Aenderung erlitten, ja in Beziehung auf die Erbschaftsklage hat Justinian den Gesichtspunkt, aus welchem die an den Erbschaftsbesitz sich anschließenden Leistungen zu betrachten sind, durch deren Aufnahme unter die bonae fidei actiones bestätigt[263]). Im übrigen ist auf den Vindicationsproceß die Aufhebung des Formularprocesses nicht ohne Einfluß gewesen. An den Umstand, daß ius und iudicium vor Einen Richter fiel, mußten sich folgende Modificationen knüpfen. Wenn früher die Feststellung des Besitzes als der passiven Voraussetzung der Klage dem iudicium vorbehalten war und der Beklagte nur auf einem Umwege, nämlich durch Verweigerung der schuldigen Caution bewirken konnte, daß die Frage, ob er besitze, zum Voraus durch einen selbstständigen iudex entschieden wurde, so gestattete man nunmehr einestheils, daß der Beklagte durch einfaches Ableugnen des Besitzes[264]), anderntheils, daß der Kläger durch eine an den Beklagten gerichtete Frage[265]) zu allem Anfange, also vor der Litiscontestation, eine Untersuchung über den Besitz herbeiführte. Diese

261) §. 2. Inst. IV. 11. Hier heißt es: Sed haec hodie aliter observantur. Es kann dahingestellt bleiben, ob Justinian selbst oder einer seiner Vorgänger die cautio iudicatum solvi, außer in dem im Texte erwähnten Falle abgeschafft hat; die angeführten Worte deuten mehr auf eine schon vor Justinian bestehende Einrichtung hin.

262) §. 2. Inst. IV. 11.

263) L. 12. §. 3. C. III. 31. §. 29. Inst. IV. 6.

264) L. 80. D. 6. 1.

265) L. 20. §. 1. D. 11. 1.

nahm der erkennende Magistrat selbst, nicht in seinem Auftrage ein Privatrichter vor, und zwar mit dem Erfolge, daß, wenn der Besitz des Beklagten sich nicht bestätigte, die Klage abgewiesen, im entgegengesetzten Falle aber der Besitz auf den Kläger übertragen wurde. Dieselbe Wirkung trat jedoch fortwährend als Folge verweigerter Cautionsleistung ein[266]) und unter Umständen sogar, wenn der Beklagte auf die an ihn geschehene Ladung nicht erschien[267]); jedoch blieb es in diesem Falle nach der Verordnung Justinian's dem früheren Besitzer frei, binnen Jahresfrist den Besitz und die Rolle des Beklagten dadurch wieder zu gewinnen, daß er sich zu gehöriger Defension und Cautionsleistung erbot[268]). Natürlich mußten diese Grundsätze auch auf den juristischen Besitzer Anwendung finden, welcher von dem zunächst belangten Detentor als Auctor bezeichnet und darauf vom Magistrat geladen worden ist, sobald man ihn zufolge der nominatio auctoris als eigentlichen Beklagten betrachtete. Daß dieses aber geschah, daß der Auctor ganz an die Stelle des Detentors trat und dieser von der Uebernahme des Processes frei wurde, ist eine, durch eine Verordnung Constantin's dem Detentor eingeräumte Begünstigung[269]), ohne den alten Grundsatz, daß auch derjenige, welcher in fremdem Namen besitzt, mit der Eigenthumsklage belangt werden kann. Während nun hiernach die translatio possessionis in Justinian's Compilation in vermehrter Anwendung übergegangen ist, sind die Interdicte, deren man sich zur Erreichung dieses Erfolges früher bediente, nämlich das interdictum quem fundum und quam hereditatem, völlig verschwunden. Es erklärt sich dies aus der Neigung des späteren Rechtes, richterliche Befehle, womöglich, durch directen Zwang zu vollziehen[270]), wie es namentlich bei Grundstücken und größeren Gütercomplexen angeht, welche Gegenstände der Einwirkung des Magistrates nicht entzogen werden können. Bei beweglichen Sachen dagegen war die gewaltsame Ueberlieferung durch die Leichtigkeit des Verbergens erschwert, daher für sie die prätorische Pönalklage im Falle verweigerter Ueberlieferung fortbestand. Anlangend ferner das Präjudicium, so wird dasselbe durch eine einfache Erklärung der Streitabsicht eingeleitet; der Vindicant behauptet, Eigenthümer zu sein, der Beklagte

---

266) L. un. C. VIII. 6. Dieser Fall der Translation ist sowenig als jene cautio de lite persequenda in die Praxis übergegangen.

267) L. 6. §. 17. 18. D. 42. 4. Demjenigen, welcher den Besitz arglistig aufgegeben hat, gegenüber kann niemals translatio possessionis stattfinden.

268) L. 8. §. 3. C. VII. 39. Dies ist in die Reichsgesetzgebung übergegangen, in welcher die translatio possessionis „missio ex primo decreto“, die Bestätigung des Besitzes nach Ablauf eines Jahres „missio ex secundo decreto“ genannt wird. Reichskammergerichtsordnung v. 1495 Tit. 19, §. 1. v. 1523 Tit. 6, §. 2. v. 1555 Th. III, Tit. 43, §. 1. Erst der J. RA. §. 36 hat dieselben abgeschafft.

269) L. 2. C. III. 19.

270) Vgl. besonders Rudorff, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. IX, S. 54.

stellt dies in Abrede. Die darauf folgende Untersuchung bewegt sich ganz in den früheren Formen. Namentlich ist die Folge der contumacia einseitiges Verfahren, jedoch die Proceßverjährung auf drei Jahre verlängert und bestimmt, daß erst, wenn der Ablauf derselben zu befürchten ist, der Beklagte dreimal in Zwischenräumen von zehn Tagen geladen und wenn er auch dann nicht erscheine, auf einseitig geführten und erbrachten Beweis verurtheilt, nach mißlungenem Beweise aber entbunden werde[271]). Mit der Anerkennung des Eigenthums oder Erbrechtes wird sofort ein Restitutionsbefehl verbunden. Dieser konnte nach Aufhebung des Formularprocesses mit Gewalt vollstreckt werden, weil der erkennende Richter Executionsbefugniß hatte. Jedoch blieb dem Kläger das Recht, statt die Naturalexecution zu verlangen, sein Interesse durch das iusiurandum in litem zu schätzen. So ist es, wenn Streitgegenstand und Früchte im Besitze des Beklagten sind. Kann dagegen das eine oder das andere vermöge des Dolus des Beklagten nicht restituirt werden oder handelt es sich um Verschlechterungen des Streitgegenstandes oder um Früchte, welche hätten gezogen werden können, so ist nur die Schätzung zulässig, welche dann nach der Schuld des Beklagten in verschiedener Weise geschieht.

BB. Dogmatische Darstellung. Die dogmatische Darstellung gilt dem neuesten römischen Rechte mit den etwaigen durch das kanonische Recht und die Reichsgesetzgebung herbeigeführten Modificationen, wie solches in den Systemen des gemeinen Civilrechtes vorgetragen wird.

1) Begriff der rei vindicatio. Die rei vindicatio, auch blos in rem actio[272]) oder mit dem Beisatze specialis und ähnlichen[273]), ist die dem wahren Eigenthümer als solchem gegen Jeden, welcher ihm seine Sache widerrechtlich vorenthält, zustehende, auf die Anerkennung des Eigenthums und infolge dieser, auf Einräumung des Besitzes, gerichtete Klage.

2) Kläger. Die Eigenthumsklage steht Jedem zu, welcher an der Sache, um welche es sich handelt, durch eine der gesetzlich anerkannten Erwerbsarten das Eigenthum erworben hat[274]). Dieser Satz leidet auch dann keine Beschränkung, wenn Anderen iura in re an derselben Sache zustehen, welche kein Recht zum Besitze enthalten, und selbst dann, wenn sie einen Anspruch auf den Besitz begründen, insofern nicht, als die Vindication gegen Dritte gerichtet wird[275]). Derjenige, dessen Eigenthum bis zu einem bestimmten Zeitpunkte oder bis zu dem Ein=

---

271) L. 13. §. 3. 5. C. III. 1.

272) Z. B. in L. 23. pr. L. 39. §. 1. L. 41. 52. 80. D. 6. 1. Der Ausdruck in rem actio hat aber oft auch eine allgemeinere Bedeutung.

273) Z. B. in L. 1. pr. §. 1. L. 27. §. 3. D. 6. 1. In den alten Scholien der Basiliken heißt die rei vindicatio daher häufig σπεκιαλία ἰν ρέμ.

274) L. 23. pr. D. 6. 1.

275) L. 33. in fin. D. 6. verb.: si nudae proprietatis dominus petierit.

tritte einer gewissen Bedingung suspendirt ist, kann während der Suspension des Eigenthums die Klage nicht anstellen[276]. Dagegen wird das Vindicationsrecht des Eigenthümers dadurch nicht beschränkt, daß sein Eigenthum mit dem Eintritte eines gewissen Zeitpunktes oder einer Bedingung an den früheren Eigenthümer der Sache zurückfallen oder auf eine andere Person übergehen soll[277]. Wenn der Vindicant seine Eigenthumsklage „adiecta causa“, d. h. unter Angabe des besonderen Erwerbsgrundes seines Eigenthums, anstellt, so muß der Erwerb des Eigenthums zur Zeit der Litiscontestation bereits vollendet sein[278]. Hat aber der Vindicant seine Klage „non adiecta causa“, d. h. unter bloßer Berufung auf sein Eigenthum und ohne Angabe eines speciellen Erwerbsgrundes desselben, angestellt[279], es war aber ein solcher Erwerbsgrund auch zur Zeit der Litiscontestation nicht vorhanden, trat aber noch vor dem Erkenntnisse ein, so darf nach dem kanonischen Rechte dennoch die den Erwerb begründende Thatsache noch in diesem Rechtsstreite berücksichtigt und dem Urtheile zu Grunde gelegt werden[280]. Für das gemeine teutsche Recht ist aber diese Bestimmung dadurch unpraktisch geworden[281], daß in der Reichsgesetzgebung[282] die specielle Fassung der Klage sowohl, als der Beantwortung derselben, vorgeschrieben wurde und daher auch jede dingliche Klage als unstatthaft zu verwerfen ist, welche der Angabe des speciellen Entstehungsgrundes des geklagten Rechtes ermangelt[283]. War der Vindicant zwar zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer der vindicirten Sache, verlor aber vor dem

---

276) Daher können diejenigen, welche ihr Eigenthum einem Anderen unter einer Resolutivbedingung oder einem Endtermin übertragen haben, vor dem Eintritte jener oder dieses die übertragene Sache nicht vindiciren. Dasselbe gilt, mit Ausnahme des in L. 29. C. V. 12. enthaltenen Falles der Insolvenz des Ehemannes, für die Ehefrau während der Ehe in Betreff der Dotalsachen. L. 9. C. III. 32. L. 30. C. V. 12.

277) L. 41. pr. L. 66. D. 6. 1.

278) L. 23. D. 5. 1. Cap. 3. de sent. et re iud. in VI. (II. 14.): — — Ex iis enim, quae post inchoatum iudicium eveniunt, quando causa fuit exposita specialis, nec debet, nec potest iudicis animus ad proferendam sententiam informari: quia, cum certae causae facta est mentio, utpote donationis, vel venditionis, aut alterius specialis, oportet incepti iudicii tempus attendi. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 6, S. 65 flg.

279) Es war dies nach römischem Rechte unbedingt zulässig. Vgl. L. 14. §. 2. D. 44. 2. Ebenso nach kanonischem Rechte.

280) Cap. 3. de sent. et re iud. in VI. (II. 14.: — — intentionem — actoris ex iis, quae post litis contestationem accidunt, posse fundari, eoque debere in iudicium devenire, tunc locum habere — — quando ex certa et expressa causa specialiter non est actum. Vgl. Glück, Erläuter. der Pand. Bd. 8, S. 149. Wächter, Erörter. Heft 3, S. 120—124. Savigny a. a. O. S. 70 flg.

281) Dies wird zwar von Savigny a. a. O. S. 533—535 geleugnet; siehe aber den Artikel Urtheil Bd. XI, S. 858—861, wo die Streitfrage ausführlich erörtert ist.

282) J. RA. §. 34, 37, 41, 49.

283) Weitere Gründe siehe in dem angeführten Artikel. In der Praxis steht die im Texte angenommene Meinung fest.

Erkenntnisse das Eigenthum daran, so ist nach den für analoge Fälle ausgesprochenen Grundsätzen des römischen Rechtes[284]) der Vindicant mit seiner Klage abzuweisen[285]). — Obgleich der allgemeine Grundsatz gilt, daß derjenige, welcher von der rei vindicatio Gebrauch machen will, Eigenthümer des vindicirten Gegenstandes sein müsse, so leidet derselbe doch dann, wenn Jemand für sich mit fremdem Gelde Sachen erworben hat, zwar nicht überhaupt[286]), wohl aber in einzelnen Fällen, zu Gunsten desjenigen, welchem das Geld gehörte, insofern eine Ausnahme, als diesem, sofern er den Erwerb als für sich gemacht betrachten und von seiner persönlichen Klage keinen Gebrauch machen will, zur Gewinnung der mit seinem Gelde erworbenen Sache eine utilis rei vindicatio verstattet wird[287]). Diese Ausnahmsfälle sind folgende: a) Soldaten haben diese utilis rei vindicatio in Ansehung aller von einem Anderen mit ihrem Gelde erworbenen Sachen[288]). Es ist zwar behauptet worden, daß das Geld pecunia castrensis sein müsse[289]); es kann aber diese Meinung nicht gebilligt werden[290]). Ebensowenig kommt darauf etwas

284) L. 7. §. 7. D. 10. 4. L. 14. pr. D. 13. 1. Vgl. Glück a. a. O. S. 151. Gesterding, vom Eigenthum S. 315. Sintenis, Civilrecht §. 52, N. 9.

285) A. M. ist Göschen. Vorlesungen Bd. 2, §. 234.

286) L. 8. C. IV. 50. L. 6. C. III. 32. L. 4. C. III. 38.

287) Unrichtig ist die Ansicht von Dabelow, Concurs S. 358 flg., diejenigen Personen, welchen die L. 8. C. III. 32. L. 2. D. 26. 9. L. 55. D. 24. 1. eine utilis rei vindicatio verstatten, im Concurse als Separatisten ex iure crediti zu behandeln; denn denselben ist in den angeführten Stellen das besondere Vorrecht ertheilt, gewisse, ihnen nach strengem Rechte nicht gehörende, Sachen aus der Vermögensmasse des Schuldners mit einer utilis rei vindicatio abzufordern, sie sind mithin den Vindicanten oder den sog. Separatisten ex iure dominii zuzuzählen. Eine andere Frage ist die, ob nicht dem Concursgläubiger das Recht zustehe, eine solche Vindication durch Bezahlung des auf den Erwerb der Sachen verwendeten Geldes des Vindicanten auszuschließen. Diese Frage kann aber nur dahin beantwortet werden, daß dies den Concursgläubigern gegen den Willen des Vindicanten nicht zustehe. Denn wenn derselbe auch zugleich eine Forderung wegen seines auf den Ankauf der Sachen verwendeten Geldes liquidirt, so ist diese Liquidation doch nur als eine eventuelle zu betrachten, für den Fall, daß er mit der Vindication nicht durchdringt, also namentlich der Umstand, daß die vindicirte Sache mit dem Gelde des Vindicanten erworben worden, nicht bewiesen werden kann.

288) L. 8. C. III. 32. Cf. L. 2. C, V. 16. Manche, z. B. Westphal, Erläut. der röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 100, N. 120, verstehen unter der in L. 8. C. cit. dem Soldaten verstatteten utilis vindicatio eine actio hypothecaria; daß aber letztere Klage nicht gemeint sein könne, beweist schon die Stellung der L. 8. C. cit. unter den Titel de rei vindicatione, so daß im Sinne Justinian's und der Compilatoren seiner Rechtssammlung nur an eine Eigenthumsklage zu denken ist.

289) Z. B. von Thibaut, System des Pandektenr. §. 707. Wening-Ingenheim, Civilrecht Bd. 1, §. 121. Glück, Erl. der Pandekten Bd. 8, S. 164.

290) Denn L. 8. C. III. 32. verb.: si pars adversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit schließt die Beschränkung auf die mit castrensischem Gelde erworbenen Sachen aus. Vgl. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 304.

an, ob der Soldat in dem angegebenen Falle durch eine persönliche Klage seine Befriedigung erhalten könne oder nicht[291]). b) Alle unter Vormundschaft stehenden Personen[292]) sind berechtigt, durch eine utilis rei vindicatio Herausgabe der mit ihrem Gelde vom Vormunde für sich erworbenen Sachen zu fordern[293]). Es ist zwar der Satz, daß in dem hier behandelten Falle stets eine utilis rei vindicatio begründet sei, von Manchen deshalb geleugnet worden[294]), weil die L. 3. C. V. 51. nur eine singuläre Vorschrift für den Fall enthalte, wenn der Vormund das zur Anschaffung von Sachen vermöge obrigkeitlichen Decrets deponirte Geld arglistig für sich verwendet habe, die in der L. 2. D. 26. 9. erwähnte utilis actio ad rem vindicandam aber von der actio hypothecaria, welche nach anderen Stellen[295]) dem Mündel zur Geltendmachung des von ihm an jenen vom Vormunde erworbenen Sachen zustehenden Pfandrechtes dient, zu verstehen sei, indem sonst dem Mündel hier ein Pfandrecht an einer ihm eigenthümlich zugehörigen Sache zugestanden sein würde. Allein wenn auch in dem hier behandelten Falle der Pupill nach den in der Note 304 angeführten Stellen ein Pfandrecht an den vom

---

Fritz, Erläut. zu Wening-Ingenheim H. 2, S. 293. Vangerow, Leitfaden §. 332, Anm. 3 u. A.

291) A. M. ist Glück a. a. O. S. 164 flg. Dieser schließt aus den in dem ersten Theile der L. 8. C. III. 32., wo von der utilis rei vindicatio gehandelt wird, enthaltenen Worten: partes aequitatis non negabit, daß der Richter dem Kläger nicht weiter helfen soll, als die Billigkeit erfordere; diese verlange aber nur, daß der Kläger zu seinem Gelde komme; könne also der Soldat mit einer persönlichen Klage, wie mit der in der Stelle gedachten actio mandati oder negotiorum gestorum, vollkommene Entschädigung erlangen, so könne er die Sache selbst nicht in Anspruch nehmen; zudem sei die utilis vindicatio ein außerordentliches Rechtsmittel, welches, so lange es ein ordentliches gebe, nicht stattfinden könne. Allein die ganze Fassung der angeführten Stelle ergiebt, daß es ganz in der Wahl des Soldaten steht, ob er dinglich oder persönlich klagen will; in beiden Fällen soll ihm zu seinem Rechte geholfen werden, und daß es bei der dinglichen Klage heißt: partes aequitatis non negabit, bei der persönlichen Klage: iurisdictionem praebebit, kann keinen Unterschied begründen. Siehe auch Vangerow a. a. O.

292) Manche, wie Glück a. a. O. S. 159. Thibaut, System §. 707. Wening-Ingenheim a. a. O. Göschen, Vorlesungen Bd. 2, §. 234 wollen es blos auf Pupillen und Minderjährige beschränken; jedoch mit Unrecht. Denn L. 2. D. 26. 9. spricht ganz allgemein von dem Falle: si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat .... praedia in nomen suum emerit etc. Auch die Ueberschrift des Titels: Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt rechtfertigt sich die Beschränkung auf Pupillen und Minderjährige nicht, da in L. 5. pr. D. eod. von dem curator furiosi die Rede ist. Siehe Gesterding, Vangerow a. a. O. Man hat das hier erwähnte Vorrecht auch den Kirchen beigelegt, weil solche die Rechte der Minderjährigen hätten; vgl. Glück a. a. O. S. 164. Höpfner, Comm. zu den Institutionen §. 344. Thibaut und Wening-Ingenheim a. d. a. O. Göschen, Vorlesungen Bd. 2, §. 234. Eine dafür feststehende Praxis ist nicht erweislich.

293) L. 2. D. 26. 9. L. 3. C. V. 51.

294) Besonders von Löhr, im Magazin f. Rechtsw. u. Gesetzg. Bd. IV, S. 140 flg.

295) L. 3. pr. D. 27. 9. L. 6. C. VII. 8.

Vormunde für sich erworbenen Sachen hat, so wird doch durch die Gewährung einer auf dieselben gerichteten utilis rei vindicatio ein Pfandrecht an eigener Sache für den Pupillen nicht begründet; denn derjenige, welcher die rei vindicatio directa hat, ist und bleibt so lange Eigenthümer, bis jene Sachen infolge der vom Pupillen angestellten utilis vindicatio an denselben herausgegeben worden sind, so daß dem Pupillen nur die Wahl verstattet ist, ob er sein Pfandrecht verfolgen oder durch die utilis vindicatio den Erwerb des Eigenthums für sich, damit zugleich aber auch den Untergang seines Pfandrechtes herbeiführen will[296]). Es fehlt also an jedem Grunde, die in der L. 2. D. 26. 9. dem Mündel verstattete utilis actio ad rem vindicandam als eine hypothekarische Klage anzusehen sowie ferner kein Grund vorhanden ist, das in der L. 3. C. V. 51. enthaltene Rescript auf den darin behandelten besonderen Fall zu beschränken, da dasselbe eben nur eine Anwendung des nach richtiger Auslegung in der L. 2. D. cit. aufgestellten Satzes enthält. c) Der Ehegatte, welcher dem anderen Ehegatten eine unter Ehegatten ungiltige Schenkung an Geld gemacht, kann nicht blos die geschenkte Summe, soweit der Beschenkte dadurch noch bereichert ist, mit einer persönlichen Klage zurückfordern, sondern er hat auch im Falle der Insolvenz des beschenkten Ehegatten das Recht, die Herausgabe der von dem Beschenkten mit diesem Gelde etwa angeschafften Sache durch eine utilis rei vindicatio zu verlangen[297]). In allen diesen Fällen hat aber der Erwerber der

---

296) Die richtige Meinung wird auch von den Meisten vertheidigt. Vgl. Glück a. a. O. Bd. 8, S. 159 flg. Rudorff, Vormundschaftsrecht Bd. 2, S. 325 flg. Fritz, Erläut. H. 2, S. 293 flg. Buchholtz, Versuche Nr. 19. Sprengel, de iure pupilli in res, quas tutor pecunia pupillari comparavit. Rost. 1832. Vangerow a. a. O.

297) L. 55. D. 24. 1. Da das Gesetz nur von dem Falle spricht, wenn die Ehefrau dem Manne Geld geschenkt hat, so haben Manche, z. B. Glück a. a. O. S. 186 flg. Vangerow a. a. O. u. Andere, die darin enthaltene Bestimmung auf eben diesen Fall beschränken wollen. Allein fast alle in dem Titel de donationibus inter virum et uxorem enthaltenen Stellen wenden die über Schenkungen unter Ehegatten überhaupt geltenden Grundsätze ohne Unterschied bei Fällen an, wo die Ehefrau den Mann oder umgekehrt der Mann die Frau beschenkt hat. Es ließe sich also eine Beschränkung der in diesen Stellen enthaltenen Bestimmungen auf denjenigen Ehegatten, von welchem als Schenker den Worten nach darin allein die Rede ist, nur im Falle des Daseins besonderer Gründe rechtfertigen. Solche Gründe giebt es aber nicht. Die angenommene Beschränkung erscheint aber auch unzulässig, da in der L. un. §. 5. C. V. 13. ausdrücklich gesagt wird: — — cum sit donatori facultas, per actionem in rem directam, vel per utilem (nämlich in dem hier behandelten Falle), vel per condictionem iuri suo mederi; vgl. Savigny, System Bd. 4, S. 177 flg. — Außer den bisher erwähnten Fällen, in welchen einem Nichteigenthümer deshalb, weil ein Anderer mit dessen Gelde eine Sache für sich erworben hat, zur Gewinnung dieser eine utilis rei vindicatio verstattet wird, giebt es keinen weiteren Fall der Anwendung dieses Satzes. Zwar haben Viele (z. B. Glück a. a. O. S. 167 flg. u Andere siehe die Citate bei Schmid, Handbuch §. 15, N. 27) wegen der Bestimmung der L. 54. D. 23. 3.: Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur; cf. L. 22. §. 13. in fin. D. 24. 3.: — — in his rebus, quae vel in dote

Sache, als der Eigenthümer derselben, die vindicatio directa; jedoch muß er demjenigen, welcher die utilis actio gegen ihn anstellt, die Sache herausgeben, und concurriren beide Klagen, so geht derjenige vor, welchem die utilis rei vindicatio zusteht[298]. — Im übrigen wird auf Seiten des Klägers zur Anstellung der rei vindicatio vorausgesetzt, daß er nicht besitze[299]) oder wenigstens sich nicht in der Detention des ihm gehörigen Gegenstandes befinde. Es kann nämlich derjenige Eigenthümer, welcher zwar den juristischen Besitz, nicht aber die Detention der ihm gehörigen Sache hat, gegen den, welcher für ihn die Detention ausübt, mithin die facultas restituendi hat, z. B. den Depositar, Commodatar, die Vindication anstellen, obgleich der Detentor das Retentionsrecht, welches für ihn durch dingliche oder obligatorische Verhältnisse begründet ist, dagegen geltend machen darf[300]). Hierdurch erleidet der allgemeine Satz der L. 1. §. 6. D. 43. 17. eine Beschränkung. Eine nominatio auctoris kann natürlich in diesem Falle nicht vorkommen; in ihr würde geradezu die vollständigste Anerkennung des vom Vindicanten geltend gemachten Anspruches liegen[301]).

---

datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint, den Satz aufgestellt, daß der Ehefrau allgemein oder wenigstens im Falle der Insolvenz (wie Leyser, Medit. ad Pand. Sp. 304. med. 4. 5. Glück a. a. O. S. 184 u. A. annehmen) eine utilis vindicatio in Bezug auf die vom Ehemanne für sich mit Dotalgeldern erkauften Sachen zustehe. Diese Ansicht findet entschiedene Widerlegung durch L. 12. C. V. 12., wornach der Mann das Eigenthum erwirbt und die Frau auf die dotis actio wegen des Geldes beschränkt ist. Man braucht auch keinen Widerspruch dieser Stelle mit jenen Digestenstellen anzunehmen. Es sind vielmehr bezüglich der vom Ehemanne vorgenommenen Verwendung von Dotalgeldern zur Anschaffung von Sachen folgende Fälle zu unterscheiden: 1) Erwirbt der Mann mit Dotalgeldern eine Sache für sich, so wird er voller Eigenthümer, so daß die Sache weder Dotaleigenschaft erhält, noch die Frau rücksichtlich derselben eine utilis rei vindicatio anstellen kann; von diesem Falle handelt die angeführte L. 12. C. V. 12.; 2) hat dagegen der Mann mit Dotalgeldern eine Sache nicht für sich, sondern zur dos erworben, so wird diese, wenn der Erwerb vortheilhaft ist und die Frau ihre Zustimmung dazu ertheilt, eine Dotalsache, und die Frau erwirbt durch diese sog. permutatio dotis an dieser Sache dieselben Rechte, welche ihr zugestanden hätten, wenn die Sache gleich anfangs zur dos gegeben worden wäre. L. 26. 27. D. 23. 3. L. 21. D. 23. 4. Nur auf diesen Fall allein ist die L. 54. D. 23. 3. und die L. 22. §. 13. D. 24. 3. zu beziehen. Vgl. Faber, Coniect. iur. civ. Lib. V. cap. 9. Voet, Comm. ad Pand. de rei vind. §. 21. und Andere, welche bei Schmid a. a. O. genannt sind.

298) Vangerow a. a. O.

299) L. 1. §. 6. D. 43. 17.

300) Z. B. der Pachter vor Ablauf der Pachtzeit. Vgl. Fritz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 1, S. 67 flg.

301) Auf den Fall, wo der Eigenthümer die Vindication gegen denjenigen anstellt, welcher für ihn detinirt, beziehen auch Einige (z. B. Sintenis, Civilr. §. 52, N. 2) den berüchtigten casus unus Institutionum, von welchem in §. 2. Inst. IV. 6. die Rede ist und hinsichtlich dessen auf die Digesten verwiesen wird. Es wird in dieser Stelle zuerst von der actio confessoria und dann von der actio negatoria gesprochen und dann so fortgefahren: Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est; nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.

2) Beklagter. Beklagter ist der Besitzer der Sache[302]), und zwar derjenige, welcher zur Zeit der Litiscontestation und des Erkenntnisses oder wenigstens zur letztgedachten Zeit sich im Besitze befindet;

Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Ueber den hier angedeuteten Fall ist sehr viel Streit gewesen. Vgl. über die Literatur Vangerow a. a. O., ferner Franke, Probabilium de uno casu etc. part. I. Ien. 1839. Fritz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. I, Nr. 2. Andere, wie z. B. Vangerow selbst, glauben, daß hier gerade wieder die Eigenthümlichkeit der actio negatoria hat hervorgehoben werden sollen, weshalb denn auch passend zu lesen sei uno illo casu oder hoc uno casu. Ein weiteres Eingehen auf diese Controverse liegt außer dem Zwecke dieses Werkes.

302) §. 2. Inst. IV. 6. Dem Vindicanten steht es übrigens doch frei, sowohl vor dem Urtheile über die rei vindicatio als auch nach erfolgter Abweisung derselben, auf das interdictum uti possidetis überzugehen und dadurch für sich selbst den Besitz in Anspruch zu nehmen, weil selbst die exceptio rei iudicatae aus dem abweisenden Erkenntnisse dem Kläger nicht entgegenstehen würde, indem durch den Ausspruch, daß dem Kläger das Eigenthum nicht zustehe, nicht zugleich der Besitz aberkannt wird. Dagegen scheint gegen die Zulässigkeit des Ueberganges von der rei vindicatio zu dem interdictum uti possidetis der Umstand zu sprechen, daß derjenige, welcher von der rei vindicatio, die nur von dem Nichtbesitzer angestellt werden kann, Gebrauch macht, dem Besitze entsage; weil aber der wirkliche Besitzer bei Anstellung der Vindication entweder über seinen Besitz oder über den Grundsatz, daß der Besitzer nicht vindiciren könne, sich im Irrthum befinden konnte, so wurde von den römischen Juristen aus der Erhebung der Vindication kein Aufgeben des Besitzes gefolgert und daher dem Vindicanten der Gebrauch des interdictum uti possidetis gestattet. L. 12. §. 1. D. 41. 2. Vgl. Savigny, Recht des Besitzes S. 16, 39, 422, 6. Ausg. Siehe auch den Artikel Possessorium Bd. VIII, S. 245, N. 119. — Im cap. 5. X. II. 12. ist dagegen von der Frage, inwiefern der Kläger das eingeleitete Petitorium aufgeben und zu dem Possessorium übergehen dürfe, nicht die Rede, sondern nur davon, inwiefern der Kläger petitorische und possessorische Ansprüche zu cumuliren befugt sei. A. M. ist Bayer, summ. Processe §. 75, welcher annimmt, daß hier der Uebergang zum Possessorium, nach aufgegebenem Petitorium, nur bei den remedia recuperandae und adipiscendae possessionis, nicht aber bei den remedia retinendae possessionis und auch bei den ersteren nur insofern zulässig sei, als in dem petitorischen Streite die conclusio causae noch nicht erfolgt sei, außer wenn der Richter aus besonders erheblichen Gründen die Zulässigkeit eines solchen Uebertrittes auch jetzt noch billig fände. Daß aber die angeführte kanonische Stelle nur darauf, inwiefern der Kläger zur Cumulation des Petitorium und Possessorium befugt sei, bezogen werden dürfe, ergiebt sich theils aus den Worten „ne lites litibus inculcentur", theils daraus, daß hier dem richterlichen Ermessen Spielraum verstattet wird, was doch, wenn es sich nicht blos von einer processualischen Form, sondern von der Zulässigkeit der Geltendmachung eines possessorischen Anspruches nach Aufgebung des petitorischen handelte, nicht wohl denkbar wäre. Zwar ist in dieser Stelle von einer renunciatio die Rede; diese bezieht sich aber nicht auf das Petitorium, sondern nur auf das Possessorium; daher bezieht sich auch das richterliche Ermessen in Ansehung der Zulassung der Cumulation, wie aus den Worten: His igitur et aliis causis inspectis (quae continent aequitatem, aut iuste moverint animum iudicantis) postquam etiam conclusum fuerit, posse agi possessorio iudicio non negamus, hervorgeht, nur auf den Fall der Conclusion, nicht aber auf den des erfolgten Verzichtes. Vgl. Schmid, Handb. des gem. teutschen bürgerl. Rechtes §. 15, N. 31. Siehe auch den Art. Possessorium a. a. O.

dagegen ist derjenige Beklagte von der Vindication zu entbinden, welcher zwar zur Zeit der Litiscontestation den Besitz hatte, vor dem Urtheile aber denselben in einer Weise, welche ihn nicht verantwortlich macht, verlor [303]). Leugnet der Beklagte den Besitz und wird desselben überführt, so wird der Besitz auf den Kläger übertragen [303a]). Als Besitzer ist hier nicht blos der juristische Besitzer, sondern auch der bloße Detentor anzusehen [304]). Derjenige, welcher nur in fremdem Namen besitzt, ist jedoch berechtigt, gegen die Vindication einzuwenden, daß er nicht in eigenem Namen, sondern als Stellvertreter eines Anderen, welchen er zu benennen hat, den Besitz ausübe, und eben dadurch befugt werde, jene Klage abzulehnen und auf einen Dritten zu verweisen (sog. auctoris laudatio s. nominatio) [305]). Die Wirkung der Benennung des Auctors besteht darin, daß der Kläger mit seiner gegen den Detentor gerichteten Klage abgewiesen und an denjenigen, für welchen dieser detinirt, verwiesen wird. Von der Regel, daß die Vindication nur gegen den Besitzer

303) L. 27. §. 4. D. 6. 1. Was im älteren römischen Processe unter dem tempus, quo iudicatur, zu denken sei, ist im historischen Theile dieses Artikels näher erörtert worden. — Da die rei vindicatio nur gegen den Besitzer angestellt werden darf, so kann sie gegen den Erben des Besitzers, als Erben, nicht angestellt werden; wohl aber ist sie gegen denselben, wenn er besitzt, zulässig. L. 42. D. 6. 1. Hiernach kann, wenn der Besitzer vor der Litiscontestation stirbt, von mehreren Erben beerbt wird und der Besitz der Sache nur auf Einen Erben übergeht, dieser allein, aber auf die ganze Sache, mit der Vindication belangt werden. L. 55. D. 6. 1. So ist es nach dem neuesten Justinianeischen Rechte. Ueber das ältere Recht, namentlich über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der aus der cautio iudicatum solvi sich ergebenden Verpflichtungen vgl. Wetzell, der römische Vindicationsproceß § 33, rücksichtlich des hier fraglichen Falles namentlich S. 269 flg.

303a) L. 80. D. 6. 1. Vgl. den historischen Theil.

304) L. 9. D. 6. 1. Es bestand zwar, wie auch schon im historischen Theile bemerkt worden ist, laut dieser Stelle eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen, indem Pegasus juristischen Besitz von Seiten des Beklagten verlangte, Ulpian aber die bloße Detention für genügend hielt, was er in den Worten ausspricht: Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent, restituendi facultatem peti posse. Die Meinung Ulpian's aber ist als die des neueren Juristen in der Art, wie sie in die Justinianeische Compilation aufgenommen ist, nicht allein die von Justinian gebilligte, sondern sie ist auch die richtige, worüber wir uns im historischen Theile ausgesprochen haben.

305) L. 2. C. III. 19. Macht der Detentor von dem Rechte, den Auctor zu benennen, keinen Gebrauch, so wird er als Besitzer in eigenem Namen angesehen und muß die rei vindicatio mit allen ihren Folgen gegen sich gelten lassen. Als fictus possessor aber wird er nicht behandelt, außer wenn er sich für den juristischen Besitzer ausgegeben hat. S. Vangerow a. a. O. §. 332, Anm. 3. Wetzell, Vindicationsproceß S. 212, N. 1. A. M. sind zwar Glück a. a. O. Bd. 8, S. 201. Mackeldey, Lehrbuch §. 269. Siehe aber Wetzell a. a. O. S. 214 flg. Vgl. über die nominatio auctoris Lauterbach, de nominatione auctoris, in dissert. acad. Vol. IV. diss. 106. Gönner, Handbuch des gem. teutschen bürgerl. Proc. Bd. 1, Nr. 16. Mittermaier, im Archiv für civil. Praxis Bd. III, S. 599. Gensler ebd. Bd. III, S. 421 flg. Bd. IV, S. 179. Linde, Abhandl. Bd. 1, S. 125 flg. Brackenhöft, Erörterungen zu Linde S. 342 flg.

stattfinde, bilden die auf dem Satze: dolus pro possessione est[306]) beruhenden Fälle der ficta possessio Ausnahmen. Ein solcher fingirter Besitz ist anerkannt a) in dem Falle „si quis liti se obtulit" und b) in dem Falle „si quis dolo possidere desiit." Von beiden Fällen sowie von den Folgen des gedachten Satzes für den fingirten Besitzer und Allem, was damit zusammenhängt, ist bereits im historischen Theile ausführlich gehandelt worden, daher man sich darauf bezieht. (Vgl. auch den Artikel Hereditatis petitio Bd. V, S. 213.)

3) Gegenstand der Klage. Den Gegenstand der Vindication können immer nur körperliche Sachen bilden, weil nur an diesen das Eigenthum stattfinden kann. Gleichgiltig ist es, ob diese Sachen, wenn sie nur res in patrimonio sind, lebende oder leblose, bewegliche oder unbewegliche sind[307]). Infolge des allgemeinen Grundsatzes, daß alle Sachen, welche Gegenstand des Eigenthums sind, vindicirt werden dürfen, können insbesondre auch Urkunden den Gegenstand der Vindication bilden[308]). Bei der Vindication von Urkunden wird natürlich ein vollendeter Erwerb des Eigenthums von Seiten des Vindicanten vorausgesetzt; es können deshalb namentlich Briefe von demjenigen, an welchen sie gerichtet sind, erst dann vindicirt werden, wenn er durch die Uebergabe derselben an ihn selbst oder seinen Stellvertreter nach den gewöhnlichen Grundsätzen über den Besitzerwerb im Wege der Tradition den Besitz derselben erworben hat[309]). Wegen der Zulässigkeit der Vindication

---

306) L. 131. 157. §. 1. D. 50. 17.

307) L. 1. §. 1. D. 6. 1.

308) L. 3. D. 29. 3.

309) L. 65. pr D. 41. 1. In dem letzten Satze dieser Stelle findet Gesterding, vom Eigenthum S. 324, die besondere Bestimmung, daß Briefe, welche blos des Empfängers wegen geschrieben sind, namentlich Empfehlungsbriefe, sofort mit der Absendung in das Eigenthum dessen, an welchen sie gerichtet sind, übergehen und bemerkt, daß diesem Satze zwar die Giltigkeit nicht abzusprechen sei, derselbe aber in das System des römischen Rechtes nicht besonders passe. Allerdings würde dieser Satz, wenn er wirklich in der angeführten Stelle enthalten wäre, eine nicht zu erklärende Abnormität bilden. Allein richtiger ist die Stelle mit Schmid, Handb. des gem. bürgerl. Rechtes §. 15, N. 77, Bd. 1, S. 291 in folgender Weise zu verstehen. Nachdem zunächst der allgemeine Grundsatz angeführt ist, daß derjenige, an welchen ein Brief gerichtet ist, das Eigenthum daran erst durch die Empfangnahme desselben erwerbe, wird die Beschränkung hinzugefügt, daß jener auch schon durch Einhändigung des Briefes an seinen Stellvertreter das Eigenthum daran erwerbe und es wird diese Beschränkung an einigen der gewöhnlichsten Fälle eines solchen Besitzerwerbes an Briefen durch Stellvertreter dargestellt. Diese Fälle sind 1) wenn Jemand dem zur Ueberbringung eines Briefes an ihn Beauftragten ein Antwortschreiben an den Mandanten einhändigt; 2) wenn derjenige, um Dessen willen der Brief, insbesondre ein Empfehlungsbrief, abgefaßt ist, diesen durch einen Stellvertreter, z. B. einen Boten, abholen läßt. Daß nämlich auch in dem letzten der in der angeführten Stelle gedachten Fälle die erfolgte Uebergabe des Briefes an einen Stellvertreter dessen, an welchen derselbe gerichtet ist, vorausgesetzt wird, geht theils daraus hervor, daß kein Grund einzusehen ist, warum die zu Gunsten dessen, an welchen sie gerichtet sind, abgefaßten Briefe hinsichtlich des Erwerbes des Besitzes und Eigenthums be-

der auf jeden Inhaber lautenden Papiere ist auf einen anderen Ort dieses Werkes zu verweisen[310]). Auch können mit der Vindication nicht nur einzelne individuell bestimmte Sachen, sondern auch eine Mehrheit von begriffsmäßig zu einem von dem Wechsel ihrer einzelnen Bestandtheile unabhängigen Ganzen vereinten Gegenständen (sog. universitas facti), z. B. eine Heerde, und zwar als Ganzes in Anspruch genommen werden[311]). Im letzteren Falle ist es, weil nur das Ganze als solches, in Betracht gezogen wird, nicht nothwendig, daß jeder einzelne in dem Ganzen enthaltene Gegenstand dem Vindicanten gehört. Die ihm nicht gehörenden Gegenstände bleiben nämlich, wenn die Vindication gegen den Eigenthümer derselben ging, von der Restitution ausgeschlossen[312]), werden aber sonst dem Eigenthümer der Heerde übergeben, welcher sie jedoch ihrem Eigenthümer, wenn dieser sie vindicirt, abliefern muß[313]). Es genügt zur Vindication des Ganzen als solchen, wenn nur nicht die Zahl derjenigen Gegenstände, welche dem Vindicanten nicht gehören, die Zahl der ihm gehörenden überwiegt oder derselben gleichsteht. Liegt nämlich dieses Verhältniß vor, so können nur diejenigen einzelnen Gegenstände, welche sich im Eigenthum des Vindicanten befinden, von diesem vindicirt werden[314]); es sei denn, daß früher das entgegengesetzte Verhältniß stattfand und dadurch das Recht der Vindication an dem Ganzen als solchem erworben wurde; denn in diesem Falle bleibt dem Berechtigten das Vindicationsrecht in Bezug auf dasselbe, sofern das Ganze als solches noch vorhanden ist, auch dann, wenn auch später sämmtliche in dem Ganzen enthaltene einzelne Gegenstände, als solche, ihm nicht gehören[315]). Dagegen kann ein Inbegriff von Vermögensrechten, welche juristisch als eine Einheit betrachtet werden (sog. universitas iuris), z. B. dos, Peculium, Erbschaft, keinen Gegenstand der rei vindicatio bilden, obgleich natürlich die einzelnen dazu gehörigen Eigenthumsgegenstände vindicirt werden dürfen[316]).

---

sonderen Grundsätzen unterliegen sollten, theils daraus, daß die Bestimmung der angeführten Stelle über den letztgenannten Fall mit den Worten „idem accidet" beginnt, diese aber sich an die unmittelbar vorhergehenden Worte: simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient, anschließen und dadurch die Beziehung dieser auf jenen letzten Fall rechtfertigen. Die Anführung jener beiden Fälle des durch Stellvertreter vermittelten Besitzerwerbes an Briefen erklärt sich dadurch, daß eben diese die gewöhnlichsten seyn werden, in welchen der Absender eines Briefes Gelegenheit hat, denselben unmittelbar einem Stellvertreter dessen, an welchen der Brief gerichtet ist, einzuhändigen.

310) Vgl. den Artikel Staatspapiere Bd. X, S. 504.

311) L. 1. §. 3. D. 6. 1. In welchem Sinne diese Bestimmungen des römischen Rechtes über die Vindication solcher Sachgesammtheiten zu verstehen seien, darüber vgl. Wächter, Erörterungen Heft 1, S. 18 flg. und den Artikel Sache Bd. IX, S. 492 flg.

312) L. 2. D. 6. 1.

313) L. 23. §. 5. in fin. D. 6. 1.

314) L. 2. D. 6. 1.

315) L. 3. pr. D. 6. 1.

316) L. 56. D. 6. 1. Darüber übrigens, daß die gewöhnlich angenommenen

Die reellen Theile einer Sache können ebenso wie die ganze Sache vindicirt werden[317]). Dasselbe gilt auch von den idealen Antheilen einer Sache, ohne Rücksicht darauf, ob diese reell theilbar ist oder nicht[318]). Quantitäten fungibler Sachen, als solche, z. B. eine gewisse Geldsumme, bilden, weil dieselben nicht Gegenstände des Eigenthums sind, keinen Gegenstand der Vindication, können vielmehr nur mit persönlichen Klagen gefordert werden, obschon dadurch die Zulässigkeit einer Vindication der einzelnen individuell bestimmten Sachen, aus welchen eine solche Quantität besteht, z. B. der einzelnen Geldstücke, nicht ausgeschlossen ist[319]). Auch kann der Eigenthümer von dem Besitzer die Herausgabe des übrig gebliebenen Theiles eines vernichteten oder seinem Begriffe nach aufgehobenen Ganzen durch die Vindication fordern, z. B. kann er den leeren Platz eines abgebrannten Hauses, das von einer Heerde allein übriggebliebene Stück, die noch vorhandene Haut eines ihm zugehörigen, aber nicht mehr lebenden Stückes Vieh vindiciren[320]).

Unterschiede zwischen den sog. universitates iuris und facti den Gegensatz selbst und die Terminologie nicht rechtfertigen, vgl. Wächter, Erörter. H. 1, S. 1—35 und den Artikel Sache Bd. IX, S. 483 flg.

317) Ist eine bewegliche Sache des Eigenthümers mit der dem Beklagten gehörigen Hauptsache verbunden worden, jedoch so, daß dadurch das Eigenthumsrecht an der Nebensache weder aufgehoben, noch in seiner Geltendmachung während der Verbindung gehindert ist, so muß zunächst mit der actio ad exhibendum auf Trennung der Hauptsache von der Nebensache geklagt werden und erst, wenn diese Trennung erfolgt ist, bildet die bis dahin einen Theil der Hauptsache ausmachende Nebensache einen Gegenstand der Vindication. L. 23. §. 5. D. 6. 1. L. 6. D. 10. 4.

318) L. 8. L. 35. §. 3. D. 6. 1. In der ersten Gesetzstelle werden folgende Fälle unterschieden: 1) wenn bei einem zu idealen Antheilen bestehenden Miteigenthum (sog. condominium pro indiviso) ein Miteigenthümer, welcher sich nicht im Besitze seines idealen Antheiles befindet, diesen Antheil vindiciren will, so kann er seine Vindication niemals gegen denjenigen Miteigenthümer, welcher nur seinen eigenen Theil besitzt, sondern immer nur gegen denjenigen, dessen Besitz die ihm durch das Miteigenthum gesetzten Grenzen überschreitet und den die Sache ganz oder theilweise besitzenden Nichteigenthümer richten; 2) wenn aber ein Miteigenthum zu realen Antheilen (sog. condominium pro diviso) vorliegt, so kann derjenige, welcher den ihm gehörigen realen Theil vindiciren will, seine Vindication nicht blos gegen die letztgenannten Personen, sondern auch gegen denjenigen Miteigenthümer anstellen, welcher zwar nur seinen idealen Antheil, aber andere reale Theile als die ihm gehörigen besitzt, in welchem Falle es dann ihm vorbehalten bleibt, die ihm gehörigen, aber nicht von ihm besessenen realen Theile zu vindiciren. Daß dieser über den Fall eines condominium pro diviso aufgestellte Satz, wie am Schlusse der Gesetzstelle bemerkt wird, da, wo eine reale Theilung der Sache überhaupt nicht vorkommen kann, keine Anwendung leidet, versteht sich von selbst.

319) Vgl. L. 11. §. 2. L. 14. D. 12. 1. L. 19. §. 2. L. 26. §. 9. L. 46. D. 12. 6. L. 67. D. 23. 3. L. 24. §. 2. D. 42. 5. L. 78. D. 46. 3. L. 8. C. IV. 34. Die Vindication der einzelnen Geldstücke findet hiernach so lange statt, als sie nicht mit dem eigenen Gelde des ersten Empfängers vermischt sind, so daß sie noch unterschieden werden können. Siehe Branchu, de nummorum vindicatione, in dessen Observ. ad ius Rom. Dec. II. cap. 16. Glück a. a. O. Bd. 8, S. 152.

320) L. 49. §. 1. D. 6. 1. L. 14. §. 2. D. 13. 1. L. 22. D. 30.

4) Zweck der Klage. Die Vindication ist ihrem Zwecke nach darauf gerichtet, daß das Eigenthum des Vindicanten gerichtlich anerkannt und infolge der Anerkennung des Eigenthums der Beklagte verurtheilt werde, die Sache selbst an den Vindicanten herauszugeben und den begründeten Nebenforderungen desselben zu entsprechen (rem cum omni causa restituere)[321]. Die Verurtheilung des bei der Vindication unterliegenden Beklagten ist zunächst und hauptsächlich auf die Restitution der Sache selbst gerichtet. Diese ist nun zunächst zu betrachten. Der verurtheilte Beklagte muß, um diesem Theile des Urtheils zu genügen, den Gegenstand der Vindication überliefern. Erbittet er sich eine Frist zur Beschaffung der Restitution, so hat ihm der Richter, nach seinem Ermessen, unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände, jedenfalls aber nur gegen hinreichende Caution, eine solche zu verstatten[322]. Verweigert der Beklagte die ihm aufgegebene Restitution der Sache, so erfolgte zur Zeit des Formularprocesses eine Verurtheilung in eine durch das iusiurandum in litem des Klägers zu bestimmende Geldsumme; im neuesten römischen[323] und heutigen Rechte ist die Naturalexecution zulässig. Nach römischem Rechte stand es dem Kläger auch frei, statt die Naturalexecution zu beantragen, die aestimatio rei, wenn der Beklagte dem Restitutionsbefehle nicht Folge leistete, statt der Sache zu verlangen und diese, wegen der contumacia des Beklagten, durch das iusiurandum in litem, nach den von diesem Eide geltenden Grundsätzen zu bestimmen[324]. Nach heutigem Rechte wird regelmäßig aber zuerst die Naturalexecution versucht; erst wenn diese fruchtlos ist, kommt es auf Antrag des Klägers zum iusiurandum in litem. Die Herausgabe der Sache erfolgt gewöhnlich an dem Orte, an welchem sich dieselbe befindet; doch ist der Kläger in Betracht beweglicher Sachen auch berechtigt, die Restitution derselben an dem Orte, wo geklagt worden ist, zu fordern; er muß aber in diesem Falle die Gefahr und Kosten des Transportes tragen, außer wenn der Beklagte die Sache böslicher Weise während des Processes vom Gerichtsorte entfernt hat[325]. Verweigert zwar der Beklagte nicht die Herausgabe der Sache, kann aber dieselbe aus dem Grunde nicht bewirken, weil er den Besitz der Sache nach der Litiscontestation verloren hat, so ist zunächst eine von Seiten des Beklagten vorgenommene Veräußerung, und zwar nach kanonischem Rechte schon von Zeit der Mittheilung der Klage an, zu Gunsten des Vindicanten

---

321) L. 13. 20. D. 6. 1. L. 35. 75. 246. §. 1. D. 50. 16.

322) §. 2. Inst. IV. 17.

323) L. 68. D. 6. 1.: Qui restituere iussus, iudici non paret, contendens non posse restituere, siquidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur.

324) L. 2. §. 1. D. 12. 3. In diesem Falle geht dann, vorausgesetzt, daß der Vindicant wirklich Eigenthümer war, das Eigenthum der Sache auf den Besitzer, welcher die aestimatio geleistet hat, über. L. 46. 47. D. 6. 1.

325) L. 10. 11. 12. D. 6. 1. L. 11. §. 1. D. 10. 4.

nichtig und wird als nicht geschehen angesehen [326]), weshalb der Kläger entweder auf Vollziehung des Urtheils gegen den jetzigen Besitzer, welcher als bloßer Stellvertreter des Beklagten zu betrachten ist oder auf Leistung der durch das iusiurandum in litem zu bestimmenden aestimatio rei von Seiten des Beklagten dringen kann. Es leidet dies dann eine Ausnahme, wenn der Beklagte durch dringende Umstände zur Veräußerung veranlaßt wurde, wo er blos den erhaltenen Kaufpreis herausgiebt [327]). Ist aber der Verlust des Besitzes aus anderen Gründen eingetreten, so sind folgende Fälle zu unterscheiden: a) Hat der Beklagte durch dolus oder culpa den Besitzverlust herbeigeführt, so muß er immer die aestimatio rei, welche im Falle des dolus durch das iusiurandum in litem, im Falle der culpa durch die gewöhnliche Schätzung bestimmt wird, leisten [328]). Dabei kann jedoch der Beklagte, qui sine dolo possidere desiit [329]), sofern die Sache nicht durch ihren Untergang, sondern auf andere Weise, aus seinem Besitze gekommen ist, die Cession der dem Eigenthümer zur Verfolgung jener Sache zu Gebote stehenden Rechtsmittel und eine Caution, daß der Vindicant den Uebergang der Sache auf den Beklagten nicht hindern werde, verlangen [330]). Wir verweisen deshalb auf die ausführlicheren Erörterungen des historischen Theiles. b) Ist aber der Besitzverlust durch Casus eingetreten, so kommt es darauf an, ob die Vindication gegen den redlichen oder unredlichen Besitzer angestellt ist [331]). Der redliche Besitzer wird in einem solchen Falle freigesprochen, muß aber, wenn die Sache nicht untergegangen, sondern nur in anderer Weise aus seinem Besitze gekommen ist, Caution leisten, daß er die Sache im Falle der Wiedererlangung an den Kläger abliefern werde [332]). Der unredliche Besitzer haftet zwar in der Regel für den casuellen Verlust der vindicirten Sachen nicht [333]); es leidet aber dieser Satz eine Ausnahme, wenn der unredliche Besitzer die Sache als Dieb

---

326) L. 2. C. de litigios. (VIII. 36. (37.). Clem. 2. ut lite pendente nil innovetur II. 5.

327) L. 15. §. 1. D. 6. 1.

328) L. 68. D. 6. 1. L. 21. 36. §. 1. D. eod.

329) Vgl. L. 69. D. 6. 1.

330) L. 63. D. 6. 1. Vgl. L. 21. 47. D. eod. Zur Evictionsleistung ist aber der Vindicant dem Beklagten nicht verpflichtet. L. 35. §. 2. D. 6. 1.

331) Vgl. den Artikel Verzug, in welchem ausführlich über diesen Fall gehandelt wird.

332) L. 21. D. 6. 1. Die in dieser Stelle ebenfalls enthaltene Vorschrift: ut tamen, si interea (sc. possessor) eum (sc. servum) usuceperit, actionibus suis cedat petitori, findet deshalb keine Anwendung mehr, weil die Ersitzung nicht mehr nach der Litiscontestation vollendet werden kann. Da übrigens der unredliche Besitzer unter Umständen selbst für den casuellen Untergang der vindicirten Sache haftet, so leidet hier durch den oben aufgestellten, für den redlichen Besitzer allgemein geltenden Satz die Bestimmung der L. 26. §. 7. D. 5. 3.: —— post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin imo post controversiam motam, eine Beschränkung. Vangerow, Leitfaden §. 333, Anmerkung.

333) L. 16. pr. L. 62. D. 6. 1.

oder gewaltsamer Besitzer besessen und den Besitz durch den Untergang der Sache verloren hat[334]), sowie dann, wenn der unredliche Besitzer die Sache durch ihren Untergang oder in anderer Weise verloren hat und dieser Verlust bei dem Vindicanten, wenn die Sache ihm früher überliefert worden wäre, nicht eingetreten sein würde[335]). Wir verweisen wegen aller hier in Betracht kommenden Fragen, namentlich auch über die Beweislast, auf den Artikel Verzug. — Außer der Restitution der Hauptsache ist der Beklagte noch infolge der erhobenen und durchgeführten Vindication zu folgenden Nebenleistungen verbindlich: a) er muß in denselben Fällen, in welchen er für den gänzlichen Untergang der Sache haftet, auch den durch eine bloße Verschlechterung entstandenen Schaden ersetzen, welcher nach denselben Grundsätzen, wie bei dem gänzlichen Untergange, ermittelt wird[336]). Ist aber der Gegenstand der Vindication zunächst vom Beklagten in einer Weise, für welche er verantwortlich ist, beschädigt worden und später durch einen Umstand, für welchen jener nicht haftet, untergegangen, so fällt der Vindicationsproceß weg, obschon der durch die Verschlechterung begründete Ersatzanspruch mit der Aquilischen Klage geltend gemacht werden kann[337]). b) Hiernächst muß der Beklagte alle Accessionen der Hauptsache an den Vindicanten herausgeben, indem jene Theile dieser bilden, als solche in das Eigenthum dessen, welchem die Hauptsache gehört, fallen und daher auch hinsichtlich der Restitution und der etwa für dieselben zu leistenden aestimatio denselben Grundsätzen, wie die übrigen Theile der Sache, unterworfen sind[338]). c) In Beziehung auf die Früchte ist zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer zu unterscheiden, jedoch deshalb schon früher das Nöthige theils in einem früheren, theils in dem jetzigen Artikel bemerkt worden[339]). — Die bisher gedachten Nebensachen können natürlich dem Vindicanten in dem Falle, wenn er nur einen Theil einer bestimmten Sache in Anspruch nimmt, nur in dem Verhältnisse zuerkannt werden, in welchem dieser Theil zu der ganzen Sache steht[340]). Die Nebensachen können in der Regel

---

334) L. 7. §. 2. L. 8. §. 1. L. 16. 20. D. 13. 1. L. 50. pr. D. 47. 2. L. 2. C. IV. 8. L. 9. C. VI. 2. L. 1. § 34. L. 19. D. 43. 16. Es ist indessen die unbedingte Haftung des Diebes und gewaltsamen Besitzers für den casuellen Untergang der Sache zwar von den Meisten angenommen, aber doch nicht ohne Grund bestritten von Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Bd. 3, S. 197 flg., welcher für die durch Delict begründete Mora dieselben Grundsätze als maßgebend betrachtet, wie für die durch Interpellation begründete Mora. Siehe auch den Artikel Verzug.

335) L. 15. §. 1. D. 6. 1. L. 14. §. 1. D. 16. 3.

336) L. 13. 14. 15. pr. D. 6. 1. Vgl. den historischen Theil dieses Artikels und den Artikel Verzug.

337) L. 27. §. 2. D. 6. 1.

338) L. 20. 34. D. 6. 1.

339) Vgl. den Artikel Früchte Bd. IV, S. 421 flg., den Artikel Verzug und den historischen Theil des jetzigen Artikels.

340) L. 76. pr. D. 6. 1.

nicht durch eine besondere Klage, sondern nur als „omnis causa“ mit der auf die Restitution der Hauptsache gerichteten Vindication gefordert werden, und gelten daher als aberkannt, wenn sie dem Vindicanten in dem den Beklagten in Ansehung der Hauptsache verurtheilenden Erkenntnisse nicht zuerkannt oder wenigstens vorbehalten werden[341]. Dieser Satz leidet jedoch folgende Ausnahmen, in welchen die Nebensachen auch mit einer besonderen Klage eingeklagt werden dürfen und daher wegen der Uebergehung im Urtheil nur dann als aberkannt gelten können, wenn sie als Nebensachen mit der auf die Hauptsache gerichteten Vindication eingeklagt worden sind: a) Wenn der iure accessionis von dem Eigenthümer der Hauptsache erworbene Theil dieser entweder mit derselben nur so verbunden ist, daß dadurch eine blos auf die übrigen ursprünglichen Theile beschränkte Restitution nicht gehindert wird, z. B. im Falle des Landanwachses oder jener Theil eine selbstständige Existenz gewonnen hat, jedoch infolge der über die Zerlegung eines Ganzen in seine Theile geltenden Grundsätze im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache geblieben ist[342], so kann der Kläger, wenn diese Verhältnisse schon zur Zeit der Litiscontestation vorliegen, seine Vindication auf die ihm ursprünglich zugehörige Sache beschränken, die durch Accession erworbenen Theile davon ausschließen und doch diese nach erfolgter Restitution der Hauptsache selbstständig vindiciren, während dagegen in dem Falle, wenn die erwähnten Verhältnisse erst nach der Litiscontestation eingetreten sind, jene accessorischen Theile nur infolge einer nicht auf die ursprüngliche Sache beschränkten, sondern auch auf die omnis causa gerichteten Vindication dem Kläger zuerkannt werden können und als aberkannt gelten, wenn sie nicht zuerkannt oder wenigstens vorbehalten sind[343]. b) Gegen einen unredlichen Besitzer findet rücksichtlich der fructus extantes eine selbstständige Vindication, hinsichtlich der consumirten Früchte eine condictio statt[344]. c) In Betreff des durch eine Deterioration des vindicirten Gegenstandes begründeten Ersatzanspruches des Eigenthümers steht demselben die Wahl zu, ob er diesen Ersatz durch die auf die Herausgabe der Sache gerichtete Vindication als Nebenleistung fordern oder zur Erlangung desselben sich einer entsprechenden persönlichen Klage, namentlich der Aquilischen Klage, bedie-

---

341) L. 13. C. IV. 32. Cf. L. 3. C. VII. 51.

342) Es gilt daher dieser Satz zwar von dem partus ancillae, nicht aber von den Früchten einer Sache.

343) Vgl. L. 20. D. 6. 1. L. 10. D. 22. 1.

344) L. 22. §. 2. D. 13. 7. L. 3. C. IV. 9. L. 4. C. IX. 32. Die condictio ist die condictio ex iniusta causa, wofür besonders L. 4. §. 1. D. 12. 1. spricht. Vgl. hauptsächlich Heimbach iun., die Lehre von der Frucht S. 92—150. Wetzell, röm. Vindicationsproceß S. 164 flg. Auf die nähere Begründung dieser Abweichung einzugehen, worüber die beiden letztgenannten Schriftsteller verschiedener Ansicht sind, verbietet der Zweck dieses Werkes. Für die condictio ex iniusta causa erklären sich beide Schriftsteller, während Savigny, System Bd. 5, S. 523, 532 an eine condictio sine causa denkt.

nen will[345]). Das Nähere darüber ist bereits im historischen Theile vorgekommen. — Die Zuerkennung der Nebensachen setzt immer voraus, daß der Vindicant darauf wenigstens durch die auf Herausgabe der Sache „cum omni causa“ oder „mit allen Nebenleistungen“ gerichtete Bitte angetragen hat, und es darf nach den über die Verhandlungsmaxime geltenden Grundsätzen der Richter von Amtswegen ebensowenig verurtheilen, wie zur Herausgabe der ganzen Sache selbst, wenn zwar das Eigenthum des Vindicanten an derselben erwiesen ist, dieser aber seine Vindication auf einen Theil jener Sache beschränkt hat. Dagegen haben allerdings Andere[346]) den Satz vertheidigt, daß der Richter Alles, was der Kläger außer der Hauptsache zu fordern befugt sei, ihm, auch ohne seinen darauf ausdrücklich gerichteten Antrag, schon von Amtswegen zuerkennen müsse. Zwar lehre das ältere römische Recht dies nur von den Früchten u. s. w., welche nach der Litiscontestation gewonnen oder vernachlässigt seien und auch nur bei den bonae fidei actiones[347]). Da aber nach den Verordnungen der Kaiser Zeno und Justinian, wenn der Kläger weniger als das ihm Gebührende gebeten habe, der Richter ihm Alles zuerkennen solle, wenn sich aus den Verhandlungen ergebe, daß es ihm gebühre, außer wenn vorsätzlich weniger gebeten sei[348]), so möchte es wohl keines Berufens auf die Praxis oder die sog. clausula salutaris bedürfen, damit der Richter berechtigt und verpflichtet wäre, die Nebenverbindlichkeit von Amtswegen zu berücksichtigen. Allein die für diese Ansicht angeführten Gründe vermögen dieselbe nicht zu rechtfertigen. Denn a) bestimmen diejenigen Gesetzstellen, welche sagen, daß die nach der Litiscontestation begründeten Nebenleistungen „officio iudicis continentur“, damit nicht, daß der Richter dem Kläger etwas, worauf er nicht angetragen hat, von Amtswegen zuerkennen dürfe und müsse[349]), sondern nur, daß er in seinem Erkenntnisse darauf Rücksicht nehmen dürfe, ohne daß es dazu der Ermächtigung in der ihm nach dem Formularprocesse vom Magistrate zu ertheilenden Instruction, der formula, bedürfe. b) Die von der minus petitio handelnden Gesetze[350]) bestimmen nicht, daß der Richter den ganzen nach den Acten wirklich begründeten Anspruch des Klägers diesem von Amtswegen zuerkennen dürfe und müsse, wenn der Kläger das Gesuch auch nur auf einen Theil desselben gerichtet habe, sondern sie beruhen auf der nach römischem Rechte über die Klagänderung allerdings möglichen[351]) Voraussetzung,

345) L. 13. 14. 15. pr. D. 6. 1.

346) Gesterding, vom Eigenthum S. 355. Thibaut, System des Pandektenrechtes §. 708.

347) L. 25. §. 8. D. 21. 1. L. 49. §. 1. D. 19. 1. L. 10. 38. §. 7. D. 22. 1.

348) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. C. III. 10. §. 34. Inst. IV. 6.

349) A. M. sind Glück a. a. O. Bd. 8, §. 591 a. E. Vangerow a. a. O. §. 333, Anm. a. E.

350) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. C. III. 10. §. 34. Inst. IV. 6.

351) §. 35. Inst. IV. 6.

daß der Kläger seinen ursprünglich auf einen Theil des in Anspruch genommenen Gegenstandes beschränkten Klagantrag im Laufe des Verfahrens auf den ganzen Gegenstand erstreckt hat; c) die sog. clausula salutaris kann hier sowenig wie in anderen Fällen auf die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern der Richter von Amtswegen thätig sein darf und muß, von Einfluß sein, indem der Richter zur Verletzung der die Richtschnur für seine Thätigkeit bildenden Gesetze und des Verhandlungsprincipes insbesondre, durch eine Aufforderung der Parteien dazu niemals befugt werden kann, zur Vornahme der von Amtswegen vorzunehmenden Handlungen aber auch ohne jene Clausel berechtigt und verpflichtet ist.

5) Einrichtung der Klage. Die Vindication hat in Ansehung ihrer Einrichtung alle Erfordernisse einer gewöhnlichen Klage. Insbesondre muß der vindicirte Gegenstand so genau bezeichnet werden, daß derselbe durch die Bezeichnung sich unzweifelhaft erkennen und von anderen Gegenständen unterscheiden läßt [352]. Verlangt der Vindicant, daß ihm ein realer oder idealer Theil einer Sache zuerkannt werde, so muß er auch diesen in der Klage genau bestimmen [353]; nur dann gilt davon eine Ausnahme, so daß die Vindication ohne nähere Bestimmung auf den dem Vindicanten gehörigen Theil eines genau bezeichneten Gegenstandes gerichtet werden darf, wenn der Vindicant den ihm gehörenden Theil deshalb genau zu bestimmen außer Stande ist, weil ihm derselbe nicht bekannt ist und nicht bekannt sein kann [354]. Nach römischem und kanonischem Rechte konnte der Vindicant seine Vindication entweder adiecta causa, d. h. unter Angabe des besonderen Erwerbsgrundes seines Eigenthums oder non adiecta causa, d. h. unter bloßer Berufung auf sein Eigenthum, ohne Angabe eines besonderen Erwerbsgrundes desselben, anstellen [355]. Im ersten Falle wurde nur über die angegebene causa specialis verhandelt, nur diese zum Gegenstande des Beweises gemacht und die durch das abweisende Urtheil gegen den Kläger begründete exceptio rei iudicatae konnte nur in dem Falle, wenn aus demselben speciellen Erwerbsgrunde, nicht aber auch dann, wenn aus einem anderen, eine neue Vindication erhoben wurde, der neuen Klage entgegengesetzt werden [356]. Im letzten Falle dagegen, wenn non adiecta causa geklagt war, konnte der Kläger im Laufe des Verfahrens jeden besonderen Erwerbsgrund einbringen und beweisen; die durch das abweisende Urtheil begründete exceptio rei iudicatae stand aber in diesem Falle jeder ferneren auf einem vor dem Urtheile vorhandenen Grunde beruhenden Vindication entgegen [357]. Für das gemeine teutsche Recht ist aber diese Bestimmung

352) L. 6. D. 6. 1.
353) L. 6. D. cit.
354) L. 76. §. 1. D. 6. Vgl. L. 3. §. 2. D. eod.
355) L. 14. §. 2. D. 44. 2. Cap. 3. de sent. et re iud. in VI. (II. 14.)
356) L. 12. 13. 14. pr. D. 44. 2. L. 27. L. 11. §. 2. L. 14. §. 2. D. eod. Vgl. über die ganze Frage den Artikel Urtheil Bd. XI, S. 855—861.
357) L. 14. §. 2. D. 44. 2.

dadurch unpraktisch geworden, daß von der Reichsgesetzgebung[358]) die specielle Fassung der Klage sowohl als der Beantwortung derselben vorgeschrieben wurde, und daher jede dingliche und persönliche Klage als unstatthaft verworfen werden muß, welche die Angabe des speciellen Entstehungsgrundes des durch die Klage verfolgten Rechtes nicht enthält[359]).

6) Beweis bei der Vindication. Der Vindicant hat den Beweis zu führen, daß er Eigenthümer des vindicirten Gegenstandes sei und der Beklagte sich im Besitze desselben befinde. Bei der Herstellung des Eigenthumsbeweises muß zwischen denjenigen Fällen, wo sich der Vindicant auf eine originäre Erwerbsart beruft und denjenigen, in welchen er den Erwerb seines Eigenthums auf eine derivative Erwerbsart stützt, unterschieden werden. In den erstgenannten Fällen bedarf es blos des Beweises, daß der originäre Erwerb des Eigenthums für den Vindicanten wirklich eingetreten sei, indem dadurch schon allein das Eigenthum desselben begründet ist. Dagegen ist es sehrbestritten, was in den letztgenannten Fällen, wo die Vindication auf eine derivative Erwerbsart gestützt wird, zu erweisen sei. Während nämlich Manche die Ansicht vertheidigen, daß der Kläger blos den rechtmäßigen Erwerb der fraglichen Sache darzuthun habe und dem Beklagten der Beweis obliege, daß einer der Auctoren der Kläger Nichteigenthümer gewesen sei[360]), geht die herrschende Ansicht umgekehrt dahin, der Vindicant müsse nicht blos den rechtmäßigen Erwerb, sondern auch das Eigenthum seiner Auctoren nachweisen[361]). Die letztere Ansicht ist die allein richtige. Denn der Klaggrund ist bei der Vindication das Eigenthum und dieses muß denn auch natürlich der Vindicant beweisen. Wenn man nun sein Eigenthumsrecht von einem Anderen ableitet, so erlangt man nur dann durch das zur Eigenthumsübertragung geeignete Geschäft Eigenthum, wenn der Uebertragende selbst Eigenthümer war[362]). Es muß daher das Eigenthum des Uebertragenden bewiesen werden. Bei dem letztgenannten Beweise ist zwischen originärem und derivativem

---

358) J. RA. §. 34, 37, 41.

359) A. M. sind zwar hinsichtlich der dinglichen Klagen manche Processualisten und auch Savigny, System Bd. 6, S. 533. Siehe aber den Artikel Urtheil Bd. XI, S. 858 flg.

360) Vgl. Schömann, Handbuch des Civilrechtes Bd. 2, S. 46 flg. Thibaut, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VI, Nr. 15. Henschel, ebd. Bd. IX, Nr. 16. Kritz, über die Vindication und Publicianische Klage. Dresden 1831. Tigerström, das Recht des Besitzes §. 4, S. 18 flg.

361) Vgl. außer den Lehrbüchern Gesterding, vom Eigenthum S. 360 flg. und Nachforschungen Bd. 2, S. 435 flg. Unterholzner, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VII, Nr. 13. Falkenstein, ebd. Bd. X, Nr. 11. Heimbach sen., de dominii probatione ex principiis iuris tam Romani, quam Saxonici. Lips. 1827. (Letzterer hat sich am ausführlichsten mit der Widerlegung der von Thibaut und Henschel aufgestellten Ansicht beschäftigt.) Bethmann-Hollweg, Versuche über die Theorie des Civilprocesses S. 360 flg.

362) L. 20. D. 41. 1.

Erwerbe von Seiten des Vorgängers zu unterscheiden; es gelten dann wieder für den Beweis des Eigenthums des Vorgängers dieselben Grundsätze, wie für den des Eigenthums des Vindicanten. In der angegebenen Weise muß der Beweis des Eigenthums so lange auf die Vorgänger des Vindicanten zurückgeführt werden, bis man in der Reihe derselben zu einem solchen gelangt, welcher die Sache durch eine originäre Erwerbsart erworben hat. Dieser Beweis kann nun allerdings sehr schwierig werden (probatio diabolica) und diese Schwierigkeiten haben denn zu der entgegengesetzten Ansicht geführt, welche auch in verschiedener Weise begründet wird. Thibaut räumt ein, daß nach strenger Consequenz der Vindicant auch das Eigenthum der Auctoren zu beweisen habe; er behauptet aber, man sei aus Gründen der Billigkeit, um nämlich dem Kläger einen so schwierigen Beweis zu ersparen, davon abgegangen und habe den Beweis des rechtmäßigen Erwerbes von Seiten des Klägers für hinreichend gehalten, indem dann die gewiß sehr verständige Präsumtion eintrete, der Kläger habe auch dadurch wirklich das Eigenthum erlangt. Für das Vorhandensein einer solchen rechtlichen Vermuthung beruft er sich auf zwei Coderstellen[363]) und begegnet dem Einwande, daß unter dieser Voraussetzung die rei vindicatio und die Publicianische Klage zusammen fielen, durch die Bemerkung, daß bei der rei vindicatio dem Beklagten der Beweis freistehe, einer der Auctoren des Klägers sei nicht Eigenthümer gewesen, während bei der Publicianischen Klage ihm dieser Beweis nicht zustehe. Gegen die allgemeine Argumentation ist auf das vorher Angeführte Bezug zu nehmen. Was aber die Billigkeitsrücksichten betrifft, welche für diese Theorie geltend gemacht werden, so führt dieselbe auf der anderen Seite wieder zu der größten Unbilligkeit gegen den Beklagten. Um dem Kläger eine ihm rechtlich obliegende Last abzunehmen, belastet man den Beklagten mit dem offenbar nicht weniger schwierigen, ja wohl noch schwierigeren Beweise, daß einer der Auctoren des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei, und man gelangt damit zu dem ganz unhaltbaren Resultate, daß die Lage des Beklagten viel schwieriger ist als die des Klägers. Denn vorausgesetzt, daß Kläger und Beklagter sich in gleicher Lage befinden, beide einen gerechten Erwerbsgrund für sich haben, keiner aber das Nichteigenthum eines Auctors des Anderen darthun kann, so würde die consequente Anwendung jener Ansicht dazu führen, daß der nichtbesitzende Kläger doch den besitzenden Beklagten mit der rei vindicatio besiegte, obschon er ihn mit der Publicianischen Klage nicht besiegt haben würde. Die Ansicht würde sogar dazu führen, daß Jemand, um einem Gegner die Beweislast aufzuerlegen, seine angeblichen Ansprüche nur an einen Anderen zu übertragen nöthig hätte, indem dann der Letztere nur die Uebertragung zu beweisen, der Gegner aber die Nichtberechtigung des Auctors darzuthun hätte, während, wenn der Auctor selbst geklagt hätte, dieser doch nothwendig den

363) L. 4. 12. C. IV. 19.

Beweis seines Rechtes hätte führen müssen. Die von Thibaut angeführten Codexstellen gehen auch gar nicht auf die Frage ein, was zu beweisen sei, sondern handeln blos von den Beweismitteln, sind also für die vorliegende Frage unerheblich. Thibaut hat auch seine Ansicht später zurückgenommen[364]). Tigerström begründet seine abweichende Ansicht in anderer Weise. Er meint, es verstoße gegen die obersten Regeln des römischen Rechtes, einen Beweis des Eigenthums des Auctors von dem Vindicanten zu verlangen. Das Nichtwissen hinsichtlich jenes Umstandes, daß der Vorgänger nicht Eigenthümer sei, enthalte nämlich immer eine ignorantia facti alieni und bekanntlich gelte der Satz: ignorantia facti alieni non nocet. Die wahre Bedeutung dieses Satzes ist aber von Tigerström hierbei ganz verkannt worden und die Anwendung in der von diesem geschehenen Weise würde zu großen Absurditäten führen. Denn danach müßte der Kläger immer, wenn er eine Klage auf etwas Anderes als sein eigenes Factum gründet, von dem Beweise seines Klaggrundes frei sein und der Beklagte stets das Nichtdasein dieses Factums beweisen. Tigerström beruft sich ferner noch zur Begründung seiner Ansicht außer den von Thibaut schon angezogenen Codexstellen auch noch auf einige andere Stellen[365]), wodurch auf das Vollständigste bewiesen werde, daß man mit der rei vindicatio habe durchdringen können, wenn man die Sache rechtmäßig erworben habe. Es bedarf aber nur einer Ansicht dieser Stellen, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß dieselben für die vorliegende Frage unerheblich sind. Henschel und besonders Kritz nehmen gar keinen Unterschied zwischen der rei vindicatio und der Publiciana in rem actio an und verlangen bei der ersten nur den Beweis des rechtmäßigen Erwerbes. Namentlich gelangt Kritz zu folgenden Resultaten. Zwischen der rei vindicatio und der Publiciana actio habe von jeher nur ein formeller Unterschied stattgefunden. Die erstere Klage habe nämlich einen Erwerb durch mancipatio, in iure cessio, oder durch das Surrogat beider, die usucapio, vorausgesetzt, die zweite Klage aber nur Erwerb durch einfache Tradition verlangt. Das materielle Recht sei aber bei beiden Klagen ganz dasselbe gewesen und namentlich habe zur Begründung beider Klagen gleichmäßig das Factum der Erwerbung genügt, so daß, wenn Jemandem eine Sache mancipirt war, gleichviel von wem, derselbe die rei vindicatio, wenn sie ihm aber tradirt war, gleichviel ob von einem dominus oder non dominus, er die Publiciana actio anzustellen befugt gewesen sei. Nachdem nun der Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum und die alten civilistischen Erwerbsarten der mancipatio und in iure cessio weggefallen seien und das Formelwesen bei den Klagen aufgehört habe, sei gar kein Unterschied mehr zwischen jenen beiden Klagen. Dies werde denn auch ganz deutlich gesagt: In

364) Thibaut, System des Pandektenrechtes 7. Aufl. §. 566, N. n. 8. Aufl. §. 707, N. y. und Braun, Erörterungen S. 480.

365) L. 41. §. 1. D. 6. 1. L. 10. C. III. 32. L. 1. 2. 8. C. IV. 50.

Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus [366]), und daraus erkläre sich denn auch namentlich, weshalb im Codex kein Titel de Publiciana actione, sondern nur ein Titel de rei vindicatione vorkomme. Spräche nun aber auch nicht ein Buchstabe im ganzen Justinianeischen Rechte und allen uns geretteten Ueberresten der römischen Jurisprudenz dafür, daß die Berechtigung des Auctors in präsumtiver Gewißheit beruhe, so würde man dies annehmen müssen, um nicht gegen den Respect für den juristischen Takt der römischen Rechtsgelehrten zu freveln. Es bedarf diese Ansicht keiner besonderen Widerlegung. Die Schwierigkeiten des Beweises des Eigenthums bei derivativem Erwerbe sind aber bedeutend erleichtert durch das Institut der Eigenthumsersitzung. Wenn nämlich die Erfordernisse der Eigenthumsersitzung vorhanden und erwiesen sind, so bedarf es, weil dann ein originärer Erwerb des Vindicanten oder eines seiner Vorgänger vorliegt, nicht auch des Beweises, daß derjenige, welcher vor dem Anfange der Ersitzungszeit die Sache besessen hat, Eigenthümer derselben gewesen sei [367]). Auch kann der Eigenthümer, welcher zur Erhebung der Vindication befugt ist, die mit dieser im Falle eines derivativen Erwerbes verbundene Schwierigkeit des Beweises häufig dadurch vermeiden, daß er von der Publicianischen Klage Gebrauch macht [368]) oder sich eines possessorischen Interdictes bedient [369]). Ein besonderes Vorrecht in Ansehung des Beweises steht denjenigen Personen zu, welche eine Sache durch einen derivativen Erwerb von dem Fiscus, dem Regenten oder der Gemahlin des Regenten erworben haben, indem dann der Beweis des rechtmäßigen Erwerbes von den genannten Personen hinreichte [370]). Liegt nämlich ein solcher Erwerb vor, so geht auf den Erwerber das volle und unbeschränkte Eigenthum selbst dann über, wenn an der übertragenen Sache Anderen das Eigenthum oder iura in re zustehen; die dadurch Verletzten haben blos während eines vierjährigen Zeitraums einen Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer [371]). Dagegen ist die Behauptung Einiger [372]), daß in denjenigen Fällen, in welchen einem Nichteigenthümer aus dem Grunde, weil ein Anderer mit dessen Gelde eine Sache für sich erworben hat, zur Gewinnung dieser eine utilis rei vindicatio zusteht, jener Nichteigenthümer nur den gedachten Erwerb, nicht aber auch das Eigenthum des Erwerbers zu beweisen nöthig habe, im allgemeinen nicht zu rechtfertigen. Macht in den genannten Fällen der Nichteigenthümer von der ihm zustehenden utilis rei vindicatio gegen den Erwerber selbst oder dessen Successoren Gebrauch, so reicht freilich

---

366) L. 7. §. 8. D. 6. 2.
367) L. 1. D. 41. 3.
368) Vgl. L. 13. pr. D. 6. 2.
369) L. 24. D. 6. 1.
370) Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 158 flg.
371) §. 14. Inst. II. 6.
372) Vgl. Glück a. a. O. S. 159, 217.

schon der Beweis hin, daß der Erwerb mit dem Gelde des Vindicanten gemacht sei, und zwar deshalb, weil der Erwerber und dessen Successoren, als solche, das von ihnen behauptete Recht an der Sache nur aus demselben Grunde ableiten, auf welchem eben die utilis rei vindicatio beruht[373]). Wenn dagegen die utilis vindicatio gegen andere Personen, welche sich nicht auf ein von jenem Erwerber abgeleitetes Recht berufen, erhoben wird, so ist kein Grund vorhanden, warum nicht für diese Klage der Beweis des Eigenthums des Erwerbers ebenso erforderlich sein sollte, wie in dem Falle, wenn der Erwerber selbst die vindicatio directa anstellt. — Eine Nebenfrage ist noch, ob der Vindicant von der Beweislast befreit werde, wenn der Gegner dessen Eigenthum zugestehe, aber Miteigenthum behaupte. Unrichtig ist die Ansicht derjenigen, welche in diesem Falle dem Beklagten den Beweis des Miteigenthums auferlegen; die Unrichtigkeit ergiebt sich schon daraus, daß der Vindicant der ihm obliegenden Beweispflicht durch den Beweis theilweisen Eigenthums nicht Genüge leistet[374]). — Außer dem bisher betrachteten Eigenthumsbeweise des Vindicanten hat derselbe zur Feststellung seiner Passivlegitimation zu beweisen, daß sich der Beklagte im Besitze des vindicirten Gegenstandes befinde[375]). Hat der Beklagte den Besitz geleugnet und der Kläger dann den Besitz dargethan, so wird der Besitz, auch wenn der Vindicant sein Eigenthum nicht erwiesen hat, sofort auf den Vindicanten übertragen und dem Beklagten bleibt es vorbehalten, nun selbst als Vindicant gegen den früheren Kläger aufzutreten[376]). Es kann jedoch nicht gerechtfertigt werden, wenn Manche[377]) daraus folgern, daß, wenn der Beklagte den Besitz leugne, auf den Beweis des Eigenthums vor der Hand gar nicht zu erkennen, vielmehr mit einstweiliger gänzlicher Beiseitesetzung des Streites über das Eigenthum, dem Kläger der Beweis aufzuerlegen sei, daß sein Gegner wirklich besitze. Nach den im heutigen Processe geltenden Regeln der Eventualmaxime muß nämlich, wenn der den Besitz leugnende Beklagte über das Eigenthum des Vindicanten sich gar nicht erklärt und daher zur Strafe Ungehorsams als dasselbe leugnend behandelt wird oder auch dasselbe wirklich leugnet, indem er erklärt, er habe die Sache, soweit ihm bekannt sei, nicht im Besitze, bestreite aber eventuell, wenn sich dennoch sein Besitz ergeben sollte, jedenfalls das Eigenthum des Klägers, neben der Frage über den Legitimationspunkt die Hauptsache verhandelt und in dem Beweisurtheile neben dem Beweise des Besitzes des Beklagten zugleich der Beweis des

373) Ein ähnliches Verhältniß ist in dem Falle vorhanden, wenn ein Nichteigenthümer eine Sache verpfändet hat und dann der Pfandgläubiger gegen ihn oder seine Successoren als solche die hypothekarische Klage anstellt; denn hier bedarf es blos des Beweises der Bestellung des Pfandrechtes, nicht auch des Beweises des Eigenthums des Verpfänders. Vgl. L. 21. §. 1. D. 20. 1.

374) S. Arndts, im Rhein. Mus. Bd. III, S. 215 flg.

375) L. 9. D. 6. 1.

376) L. 80. D. 6. 1.

377) Z. B. Gesterding, vom Eigenthum S. 365 flg.

Eigenthums dem Kläger auferlegt werden. Hat dann der Vindicant diesen doppelten Beweis erbracht, so wird ihm nicht blos der Besitz, sondern auch das Eigenthum zuerkannt und damit der Eigenthumsstreit zwischen ihm und dem Beklagten erledigt. Wie der Vindicant infolge seiner Vindication jenen zwiefachen Beweis übernehmen muß, so darf er auch im Falle der Erbringung desselben den gedachten Erfolg seiner Vindication für sich beanspruchen [378]). Hat er dagegen zwar nicht den Eigenthumsbeweis, wohl aber den Beweis des vom Beklagten geleugneten Besitzes erbracht, so wird, wie erwähnt, der Beklagte zur Strafe seines wahrheitswidrigen Leugnens zur Abtretung des Besitzes der Sache an den Kläger verurtheilt; der Eigenthumsproceß bleibt aber unerledigt und es kann und muß daher in diesem Falle der Beklagte als Vindicant gegen den früheren Kläger auftreten.

7) Vertheidigungsmittel des Beklagten. Dem Beklagten stehen die gewöhnlichen Vertheidigungsmittel gegen die Vindication zu. Insbesondre kann er durch das Leugnen des Eigenthums des Vindicanten diesen zum Beweise seines Eigenthums verpflichten; er braucht dann, außer in dem kurz vorher erwähnten Falle, wo er zur Strafe seines wahrheitswidrigen Leugnens des Besitzes dem Kläger den Besitz abtreten muß, die Sache dem Vindicanten nur unter der Voraussetzung zu restituiren, daß dieser den ihm obliegenden Beweis erbracht hat; hat der Vindicant diesen Beweis nicht geliefert, so wird derselbe nach dem Grundsatze: actore non probante reus absolvitur, mit der Vindication abgewiesen [379]). Behauptet der Beklagte, daß er selbst an der vindicirten Sache das Eigenthum habe, so kann diese Behauptung eine doppelte Natur annehmen, je nachdem der Beklagte vor oder nach dem vom Vindicanten behaupteten Entstehungsgrunde seines Eigenthums das Eigenthum der fraglichen Sache erworben zu haben behauptet. Im letzten Falle, z. B. wenn die Einrede der vollendeten Ersitzung vorgeschützt wird, enthält die sog. exceptio dominii (von Manchen auch contravindicatio genannt) eine wahre Einrede, weil sie den Klaggrund des Vindicanten nicht berührt und daher auch sowohl neben einer bejahenden als einer verneinenden Einlassung auf den gedachten Klaggrund vorkommen kann. Im ersten Falle hingegen wird durch die sog. exceptio dominii die Entstehung des Eigenthums des Vindicanten bestritten und jene sog. exceptio dominii ist hier demnach keine wahre Einrede, sondern bildet nur die Grundlage eines eigentlichen Gegenbeweises, indem hier zur Durchführung der sog. exceptio dominii der Beklagte ein Factum nachweisen muß, bei dessen Existenz die vom Vindicanten zur Begründung seines Eigenthums angeführte Thatsache entweder überhaupt oder wenigstens in den hier erheblichen Momenten derselben nicht eingetreten sein kann. Im Betreff der Wirkungen der res iudi-

378) Vgl. L. 15. D. 44. 2.
379) L. 28. C. III. 32.

cata überhaupt und der Ausdehnung der darauf beruhenden exceptio rei iudicatae insbesondre, ist es gleichgiltig, ob der Vindicant wegen von seiner Seite nicht erbrachten Beweises des von ihm behaupteten Eigenthums oder infolge der vom Beklagten vorgebrachten und durchgeführten sog. exceptio dominii abgewiesen worden ist. Eine andere Frage ist die, ob nicht im letzten Falle auf Grund des rechtskräftigen Urtheils eine Eigenthumsklage vom früheren Beklagten gegen den früheren Kläger angestellt werden könne. Wir haben diese Frage sowie überhaupt die Frage, ob der Beklagte auf ein zu seinen Gunsten ergangenes rechtskräftiges Urtheil eine Klage stützen könne, schon in einem früheren Artikel besprochen, auf welchen zu verweisen ist [380]). — Außer den bisher genannten Vertheidigungsmitteln des Beklagten sind noch folgende Einreden desselben gegen die Vindication zu erwähnen: a) die Einrede der bereits eingetretenen Extinctivverjährung der rei vindicatio, welche nach den Bestimmungen des kanonischen Rechtes aber bona fides von Seiten des Beklagten voraussetzt (siehe den Artikel Verjährung); b) die exceptio rei iudicatae; c) die Retentionseinrede, wodurch der Beklagte, selbst unter der Voraussetzung des Eigenthums des Vindicanten, demselben die Sache vermöge eines ihm zustehenden dinglichen oder persönlichen Rechtes vorenthalten zu dürfen behauptet. Begründet der Beklagte diese Einrede auf ein dingliches Recht, z. B. Pfandrecht, welches zwar mit dem Eigenthume des Klägers vereinbar ist, dem Beklagten aber die Sache zu besitzen und dem Vindicanten gegenüber zurückzuhalten berechtigt, so kommt es darauf an, ob der Beklagte jenes dingliche Recht von dem Vindicanten selbst oder dessen Auctor oder von einem Anderen ableitet. Behauptet er, sein Recht von dem Vindicanten oder dessen Vorgänger erworben zu haben, so ist nur die Bestellung des behaupteten dinglichen Rechtes zu erweisen. Leitet der Beklagte aber jenes Recht von einem Anderen her, so ist außerdem noch die Berechtigung des Letzteren zur Bestellung eines solchen dinglichen Rechtes darzuthun. Häufig kann in diesem letzteren Beweise ein Gegenbeweis gegen den Eigenthumsbeweis des Klägers enthalten sein; der Beklagte darf denselben aber nicht als einen solchen benutzen, weil er ihn nur zur Rechtfertigung seiner Einrede erbracht hat. Nach einer Bestimmung Justinian's soll der Beklagte, wenn er das Eigenthum des Vindicanten geleugnet und diesen dadurch zum Beweise seines Eigenthums genöthigt, der Vindicant aber diesen Beweis erbracht hat, zur Strafe seines Leugnens nicht befugt sein, sich auf ihm zustehende dingliche Rechte zu berufen, sondern vielmehr die Sache herausgeben und die von ihm in Anspruch genommenen dinglichen Rechte mittelst besonderer Klage geltend machen [381]). — Gründet sich die Retentionseinrede des Beklagten auf persönliche Forderungen gegen den Vindicanten, so müssen die obli-

380) Vgl. den Artikel Urtheil Bd. XI, S. 806 flg., 834—846.
381) Nov. 18. cap. 10

gatorischen Verhältnisse, auf welchen sie beruhen, zunächst durch Handlungen des Vindicanten selbst oder der Personen, deren Handlungen ihn verpflichten, oder auch durch die Sache selbst, so daß sie gegen jeden Vindicanten wirksam sind, begründet sein[382]). Außerdem muß aber das persönliche Recht, worauf der Beklagte seine behauptete Retentionsbefugniß gründet, von der Art sein, daß es entweder geradezu auf die Fortdauer der Detention der Sache gerichtet ist oder zwar auf eine andere Leistung des Vindicanten, welche aber der vindicirten Sache wegen dem Beklagten zu prästiren ist. Unter den Forderungsrechten, welche unter den angegebenen Voraussetzungen den Beklagten während ihres Bestehens zur Vorenthaltung derselben, dem Kläger gegenüber, berechtigen, sind zu erwähnen: aa) die Ersatzforderung des Beklagten wegen des für den Erwerb der Sache selbst gemachten Aufwandes. Im allgemeinen hat zwar der Vindicant nicht die Verpflichtung, dem Besitzer dasjenige, was dieser für den Erwerb der Sache aufgewendet hat, zu ersetzen; er kann vielmehr die unentgeltliche Herausgabe der Sache verlangen[383]). Diese Regel leidet aber dann eine Ausnahme und es muß der Vindicant den Preis, welchen der Besitzer für die Sache gegeben hat, ersetzen, wenn entweder dasjenige, was der Besitzer für den Erwerb der Sache aufgewendet hat, in das Vermögen des Vindicanten gekommen ist[384]) oder wenn der Beklagte bei der Erwerbung als Vertreter des Vindicanten gehandelt hat[385]), wohin namentlich auch der Fall gehört, wenn bei dem Erwerbe der Sache von Seiten des Beklagten die Voraussetzungen einer negotiorum gestio für den Vindicanten vorlagen[386]). In diesen Fällen, in welchen der Beklagte von dem Vin-

---

382) Obligatorische Verhältnisse der ersten Art sind z. B. die vom Vindicanten oder dessen Erblasser mit dem Beklagten geschlossenen Pacht- und Miethverträge; zu den durch die Sache selbst begründeten, gegen jeden Vindicanten wirksamen Forderungen gehören insbesondre die wegen Verwendungen.

383) L. 3. 23. C. III. 32. L. 2. C. VI. 2.

384) Vgl. L. 14. 16. C. V. 71.

385) Vgl. L. 12. §. 9. D. 17. 1.

386) Vgl. L. 6. §. 8. D. 3. 5. L. 10. 11. C. de negot. gest. (II. 18. (19.)). Häufig ist zu diesen Ausnahmsfällen auch der Fall gerechnet worden, wenn der Besitzer von dem Feinde, welcher die Sache erbeutet hat, erkauft hat. Allein in der L. 6. D. 49. 15., in welcher man diesen Ausnahmsfall hat finden wollen, ist, wie schon Gesterding, vom Eigenthum S. 356 flg. bemerkt hat, von keiner eigenthümlichen Sache und von einem ganz besonderen Falle die Rede. Eine zu den Arbeiten in den Salzwerken zur Strafe verurtheilte Römerin war von den streifenden Horden eines fremden, mit den Römern nicht im Kriege begriffenen Volkes entführt, von einem Centurio losgekauft und aus der Gefangenschaft befreit worden. Sie soll nach der angeführten Stelle ihrer Strafe nicht entledigt werden; der Fiscus soll aber dem Centurio das Lösegeld erstatten. Die Stelle läßt nicht ersehen, ob die Verurtheilung jener Verbrecherin zu den Arbeiten in den Salzwerken auf Lebenszeit oder nur für eine Zeit lang ausgesprochen war. Im letzteren Falle hätte sie die Freiheit und das Bürgerrecht behalten und im ersteren wäre sie poenae ancilla, aber nicht Sclavin des Fiscus geworden. L. 8. §. 8. D. 48. 19. L. 3. pr. D. 34. 8. Der Fiscus hatte also kein Eigenthum

dicanten Ersatz des für den Erwerb der Sache gemachten Aufwandes fordern darf, hat er gegen die Vindication so lange die Retentionseinrede (exceptio doli), bis der Vindicant den Beklagten wegen der genannten Ersatzforderung befriedigt hat. bb) Die Ersatzforderung des Beklagten wegen der für die Sache oder auf dieselbe gemachten Verwendungen. In Ansehung der Verwendungen ist zunächst zu unterscheiden zwischen denjenigen, welche auf die Gewinnung der Früchte und denen, welche auf die Sache selbst oder für dieselbe gemacht worden sind [387]. Die auf die Gewinnung der Früchte gemachten Verwendungen werden, sofern die Früchte weder restituirt noch ersetzt worden, niemals vergütet [388], stets aber ersetzt, wenn die Früchte wirklich herausgegeben oder erstattet werden, indem im letzten Falle der eigentliche Fruchtgewinn nur als reiner Ertrag, nach Abzug der auf Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten, in Anschlag gebracht werden darf [389]. Die für oder auf die Sache selbst gemachten Verwendungen sind sowohl dann, wenn sie mit Genehmigung des Eigenthümers gemacht wurden, als auch wenn sie nothwendige (impensae necessariae) sind [390], jedem Besitzer, er sei bonae oder malae fidei possessor, zu ersetzen [391]. Nur dem Diebe und Räuber

---

vindicirt, noch weniger das Eigenthum einer vom Feinde erbeuteten Sache, mithin gehört die ganze Stelle nicht hierher. Jener Satz ist aber auch an sich nicht richtig. Es sind hier vielmehr nur zwei Fälle möglich. Entweder ist die Sache vom Feinde erbeutet und zwar auf eine solche Art, daß der hiesige Staat das Eigenthum desselben anerkennen muß. Dann kann von einer Vindication keine Rede sein; es hängt vielmehr von dem freien Willen des Besitzers ab, ob er die Sache für den Preis, für welchen er sie dem Feinde abkaufte, dem vormaligen Eigenthümer wieder überlassen wolle. Oder sie ist von feindlichen Soldaten geraubt und der hiesige Staat erkennt ein Eigenthum derselben nicht an. Dann gilt dasselbe, was Rechtens ist, wie wenn jeder andere Dieb und Räuber die Sache des Vindicanten an sich genommen hat; der letztere kann sie bei dem Besitzer vindiciren, ohne demselben den dafür gegebenen Preis erstatten zu müssen, außer wenn ein Fall der negotiorum gestio vorliegt. Hiernach ist auch der von Manchen, z. B. Höpfner, Comm. zu den Instit. §. 344. Fritz, Erläut. II, S. 304 flg. aus der angeführten Stelle abgeleitete Satz, daß der Vindicant den Kaufpreis dann erstatten müsse, wenn die Sache, sofern der Beklagte sie nicht erkauft hätte, für den Kläger gewiß auf immer würde verloren gegangen sein, unrichtig. Auch in diesem Falle ist vielmehr ein solcher Ersatzanspruch des Beklagten dann begründet, wenn der Beklagte für den Vindicanten, und zwar wenigstens unter den Voraussetzungen der negotiorum gestio, gehandelt hat. Dann aber bildet dieser Fall keine besondere Ausnahme, sondern gehört zu der letzten der oben im Texte angegebenen Ausnahmen der allgemeinen Regel, daß der Vindicant unentgeltliche Herausgabe der Sache verlangen darf.

387) L. 3. §. 1. D. 25. 1.

388) Vgl L. 16. D. 25. 1.

389) L. 46. D. 22. 1. L. 1. C. VII. 51.

390) Vgl. über den Unterschied zwischen impensae necessariae, utiles und voluptuariae und die über deren Erstattung im allgemeinen geltenden Grundsätze den Artikel Kosten Bd. VI, S. 193—197.

391) L. 5. C. III. 32. Wenn andere Stellen scheinbar dem unredlichen Besitzer einen Ersatzanspruch wegen Verwendungen und das zu dessen Realisirung dienende Retentionsrecht absprechen (s. §. 30. Inst. II. 1. L. 7. §. 12. D. 41. 1.

steht selbst auf Ersatz der nothwendigen Verwendungen kein Anspruch zu[392]). Wegen der blos nützlichen Verwendungen (impensae utiles)[393]) hat nur der redliche Besitzer, aber auch nur dieser[394]) gegen den Vindicanten einen Ersatzanspruch[395]). Wegen der impensae voluptuariae endlich, d. h. solcher Verwendungen, welche eine Erhöhung des Geldwerthes einer Sache nicht bewirken[396]) und auch bei Sachen, welche vom Eigenthümer feil gehalten werden, eine Erhöhung des Preises nicht erwarten lassen[397]), hat weder der redliche, noch der unredliche Besitzer einen Ersatzanspruch[398]). Hinsichtlich aller Verwendungen ist jeder Besitzer von dem Vindicanten Ersatz zu verlangen dann berechtigt, wenn er ihm, dem Kläger, also nach Einleitung des Processes, die beabsichtigte Verwendung anzeigt, dieser aber, in der Absicht, auf Kosten des Besitzers einen ungebührlichen Gewinn zu machen, schweigt[399]). Für diejenigen Fälle, in welchen nach den bisher angegebenen Grundsätzen zwischen der bona und mala fides des Besitzers zu unterscheiden ist, ist zu erwähnen, daß es in dieser Beziehung immer auf den Zeitpunkt der gemachten Verwendungen ankommt[400]) und daß der redliche Besitzer nach der Mittheilung der Klage als unredlicher Besitzer zu behandeln ist[401]). Findet

---

L. 16. C. III. 32.) so dürfen diese auf nothwendige Verwendungen nicht bezogen werden.

392) L. 1. C. de infant. expos. (VIII. 51. (52.)). Diebe und Räuber müssen sogar den höheren Werth, welchen die Sache durch ihre Verwendungen erlangt hat, dem Eigenthümer selbst vergüten, wenn sie ihm die Sache nicht restituiren können. L. 13. D. 13. 1.

393) Zu den nützlichen Verwendungen werden auch diejenigen gerechnet, welche an sich zu den impensae voluptuariae gehören, aber auf Sachen, welche vom Eigenthümer feil gehalten werden, gemacht sind und die Gewinnung eines höheren Preises infolge dieses Aufwandes erwarten lassen. L. 28. 29. D. 6. 1. L. 10. D. 25. 1.

394) L. 5. C. III. 32. Die L. 38. D. 5. 3., welche auch dem malae fidei possessor wegen der impensae utiles einen Ersatzanspruch und das zu dessen Geltendmachung dienende Retentionsrecht verstattet, ist auf den Fall, von welchem sie ausdrücklich handelt, nämlich auf den Fall, wenn ein unredlicher Besitzer mit der hereditatis petitio belangt wird, zu beschränken. Diese Eigenthümlichkeit der hereditatis petitio erklärt sich aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio, aus welchem die Verpflichtungen des Beklagten, selbst des unredlichen Besitzers, bei dieser Klage beurtheilt werden. Vgl. Wetzell, römischer Vindicationsproceß S. 141—159. Wird der unredliche Besitzer als negotiorum gestor betrachtet, so muß er auch natürlich den Aufwand, den er als solcher nützlich gemacht hat, ersetzt verlangen können.

395) L. 27. §. 5. D. 6. 1. L. 7. §. 1. D. 25. 1.

396) L. 5. §. 3. L. 7. pr. D. 25. 1.

397) Vgl. L. 28. 29. D. 6. 1. L. 10. D. 25. 1.

398) L. 27. §. 5. i. f. L. 28. D. 6. 1. L. 9. 11. pr. D. 25. 1. In L. 39. §. 1. D. 5. 3. wird dem redlichen Besitzer auch wegen der impensae voluptuariae ein Ersatzanspruch und eine exceptio doli deshalb eingeräumt, dem unredlichen Besitzer aber abgesprochen. Auch diese Eigenthümlichkeit der hereditatis petitio erklärt sich aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio.

399) L. 30. D. 6. 1.

400) L. 37. D. 6. 1.

401) L. 25. §. 7. D. 5. 3.

ein begründeter Ersatzanspruch wegen Verwendungen statt, so richtet sich die Größe desselben nach dem Werthe der Verwendung zur Zeit der Restitution des vindicirten Gegenstandes, darf jedoch niemals den Betrag des vom Beklagten wirklich gemachten Aufwandes übersteigen[402]). Von jedem Ersatze wegen Verwendungen muß der Reinertrag, welchen der Beklagte durch die Früchte, die er weder zu restituiren, noch zu ersetzen hat, gewonnen hat, in Abzug gebracht werden[403]). Zur Geltendmachung des einem Beklagten gegen den Vindicanten zustehenden Anspruches auf Ersatz der Verwendungen hat man zwar in der Praxis häufig eine Klage und zwar eine actio negotiorum gestorum utilis verstattet; allein im römischen Rechte ist demselben das Recht zur Geltendmachung jenes Anspruches durch eine Klage ausdrücklich abgesprochen[404]) und nur eine Retentionseinrede (exceptio doli) zu dem gedachten Zwecke verstattet[405]). Diese Retentionseinrede hat übrigens der Beklagte nicht blos wegen der von ihm selbst gemachten, einen Ersatzanspruch begründenden, Verwendungen, sondern auch wegen derjenigen, welche sein Auctor gemacht hat und welche diesen, wenn er noch im Besitze wäre, zur Retention berechtigen würden[406]). Den an sich begründeten Ersatzanspruch wegen Verwendungen und das zu dessen Geltendmachung dienende Retentionsrecht kann aber in solchen Fällen, in welchen die Wegnahme der Nebensache möglich ist, der Vindicant dadurch beseitigen, daß er dem Beklagten diese Wegnahme gestattet[407]). In allen denjenigen Fällen, in welchen ein Ersatzanspruch des Beklagten wegen der gemachten Verwendungen nicht begründet ist, kann jedoch derselbe die Nebensache, in deren Verbindung mit der Hauptsache eben die Verwendung besteht, lostrennen und wegnehmen (ius tollendi), wenn durch die Trennung der Nebensache die Hauptsache nicht schlechter wird, als sie vor der Verbindung war, sofern die Nebensache nach erfolgter Lostrennung in das Eigenthum des Beklagten zurückfällt und für ihn nicht ohne Nutzen ist[408]) und endlich der Eigenthümer der Hauptsache sich nicht erbietet, Ersatz für die Verwendung zu leisten[409]). Das ius tollendi haben übrigens, unter den

402) L. 38. D. 6. 1.

403) L. 48. 65. pr. D. 6. 1.

404) L. 48. D. 6. 1. L. 14. D. 44. 4. Die Meinung Einiger, z. B. Meier, Coll. Argentorat. T. I. de rei vind. nr. 61. Malblanc, princ. iur. §. 405., daß der Beklagte, wenn er die Sache, ohne seine Retentionseinrede geltend zu machen, restituirt habe, dieselbe mit der condictio indebiti so lange wieder zurückfordern dürfe, bis er wegen seiner Verwendungen befriedigt sei, bedarf keiner besonderen Widerlegung; die Bestimmung der dafür angeführten Gesetzstellen (L. 58. 59. 60. D. 30. L. 15 §. 1. D. 12. 6. L. 21. D. 36. 1.) erklärt sich hinlänglich durch L. 33. D. 12. 6.

405) L. 23. §. 4. L. 27. §. 5. L. 48. D. 6. 1. L. 4. §. 9. L. 14. D. 44. 4. L. 14. §. 1. D. 10. 3. L. 33. D. 12. 6.

406) L. 14. §. 1. D. 10. 3.

407) L. 27. §. 5. D. 6. 1.

408) Sonst nämlich würde die Wegnahme blos aus Chicane geschehen und unter dieser Voraussetzung ein ius tollendi nicht begründet sein. L. 38. D. 6. 1

409) L. 37. D. 6. 1.

eben angegebenen Voraussetzungen desselben, nicht nur diejenigen, welchen wegen der Verwendungen kein Ersatzanspruch zusteht, sondern auch diejenigen, welche einen solchen Ersatzanspruch und bis zu dessen Befriedigung das Retentionsrecht gegen den Vindicanten haben[410]). Beseitigt der Vindicant das ius tollendi durch das Erbieten zum Ersatze der Verwendungen, so gelten über die Taxation der Verwendungen und über den Abzug des von dem Beklagten aus den Früchten, welche er weder zu restituiren, noch zu ersetzen braucht, gewonnenen Reinertrages von der Ersatzsumme, dieselben Grundsätze wie in den Fällen, in welchen der Vindicant zur Abwendung des Retentionsrechtes des Beklagten diesem die Verwendungen zu ersetzen hat[411]). d) Die exceptio rei venditae et traditae. Da darüber aber an einem anderen Orte dieses Werkes bereits gehandelt worden ist, so ist darauf zu verweisen[412]). e) Hat der Beklagte während seines Besitzes einem Dritten der vindicirten Sache wegen Caution leisten müssen, z. B. die cautio damni infecti, so kann der Beklagte, bevor er die Sache dem Vindicanten restituirt, erst Caution von diesem verlangen, daß dem Beklagten aus der von ihm geleisteten Caution kein Nachtheil erwachsen werde[413]). f) Wendet der Beklagte gegen die Klage des Vindicanten ein, daß er schon von einem anderen Vindicanten in Ansehung desselben Gegenstandes in Anspruch genommen sei, so entsteht die Frage, ob und inwiefern dieser Einwand auf die Durchführung des Anspruches des jetzt auftretenden Vindicanten von Einfluß sein kann. Im römischen Rechte[414]) ist darüber bestimmt, daß der Besitzer einer Sache, welcher auf deren Herausgabe von einem Vindicanten belangt worden ist, aus diesem Grunde die Einlassung auf eine von einem anderen Kläger in Ansehung derselben Sache gegen ihn erhobene Vindication nicht verweigern dürfe. Beide Vindicationsprocesse werden vielmehr unabhängig von einander durchgeführt und selbst die Vollstreckung des in einem derselben gefällten und rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses soll durch die Anhängigkeit des anderen Vindicationsstreites nicht gehindert werden. Die Restitution der Sache an denjenigen Vindicanten, welcher zuerst ein rechtskräftiges, ihm die Sache zuerkennendes Urtheil erlangt hat, befreit aber den Beklagten nicht von dem Anspruche des anderen Vindicanten; letzterer darf vielmehr den von ihm zur Zeit des Besitzes des Beklagten eingeleiteten Vindicationsproceß gegen denselben fortführen und zu Ende bringen. Der Beklagte ist aber befugt, damit er nicht einen doppelten Nachtheil erleide, bei der Herausgabe der Sache an den Vindicanten, welcher zuerst ein rechtskräftiges obsiegliches Erkenntniß erlangte, von diesem für den Fall, daß auch dem anderen Vindicanten die Sache zuerkannt würde, Cautionsleistung dafür

410) L. 38. D. 6. 1.
411) L. 38. D. cit.
412) Vgl. den Artikel Einrede Bd. III, S. 780—783.
413) L. 19. D. 6. 1. Vgl. L. 71. §. 1. D. 50. 16.
414) L. 57. D. 6. 1. L. 57. D. 5. 3.

zu verlangen, daß er in dem genannten Falle die empfangene Sache wieder ausliefern werde. Nach den Grundsätzen des im heutigen Processe unbestritten anerkannten Institutes der Hauptintervention hingegen tritt derjenige, welcher für sich das Eigenthum an einer Sache, über welche bereits zwischen dem Besitzer und einer anderen Person ein Eigenthumsstreit anhängig ist, beansprucht, gegen beide bereits im Streite begriffenen Parteien auf, indem er in den anhängigen Proceß durch die gerichtlich geltend gemachte Behauptung eingreift, daß keiner der ursprünglichen Parteien, sondern ihm, dem Intervenienten, der Streitgegenstand zukomme. Wegen der Bedingungen der Intervention und des Verfahrens ist auf einen anderen Artikel dieses Werkes zu verweisen [415]).

II. Teutsches Recht [416]).

A. Rechtsschutz des Eigenthums bei den Germanen. AA. Im allgemeinen. Die Römer lösen die Aufgabe des Eigenthumsschutzes durch Schöpfung der Lehre vom Erwerbe des Eigenthums und machen den Beweis eines Erwerbsactes zur Bedingung der Vindication. Die Germanen haben die Lehre vom Erwerbe des Eigenthums in diesem römischen Sinne nicht gehabt, obwohl ihnen der Begriff des Eigenthums nicht gefehlt hat. Sie pflegen aber die Sache zu umschreiben und ein Kunstausdruck dafür kommt erst allmälig auf. Die Erwerbsarten sind aber den Germanen unbekannt. Zunächst beweist dies der Umstand, daß nirgends in den Quellen die Sache in ihrer All=

---

415) Vgl. den Artikel Intervention Bd. V, S. 647—661.

416) Vgl. vorzüglich Delbrück, die dingliche Klage des teutschen Rechtes. Leipzig 1857. Dieses Werk sucht die Fortdauer der dinglichen Klage des teutschen Rechtes auch noch im heutigen Rechte darzuthun und kommt zu Resultaten, welche von den in den Systemen des gemeinen Civilrechtes vorgetragenen Grundsätzen vielfach abweichen und doch als richtig in vielen Beziehungen unseres Erachtens anerkannt werden müssen. Eine Berücksichtigung desselben konnte dem Zwecke des Rechtslexikons, wie ihn Weiske in der Vorrede angegeben hat, nur angemessen erscheinen, da es bei dem Rechtslexikon nach den Worten des Redacteurs nicht sowohl die Aufgabe ist, durch Aufstellung neuer Ansichten und Resultate seinen eigenthümlichen Werth zu verleihen als es vielmehr darauf ankommt, auf dem jetzt erreichten Höhepunkte der Wissenschaft stehend, das durch die verschiedenartigen juristischen und legislativen Thätigkeiten für die Rechtswissenschaft Gewonnene für dieses Werk selbstständig zu bearbeiten, so daß das in Commentaren, Monographien und Abhandlungen enthaltene oder aus eigenen Forschungen gewonnene Resultat, soweit es womöglich allgemein oder wenigstens vorherrschend als das Richtige und Giltige anerkannt ist, in neuer Bearbeitung dargestellt werde. Der Verfasser dieses Artikels ist aber umsomehr veranlaßt, von jenem Werke hier Notiz zu nehmen, als er durch die Abhandlung Delbrück's, der Schutz des Eigenthums und des Besitzes nach älterem teutschen Rechte, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. XIV, S. 207 flg. angeregt, über das sog. possessorium ordinarium weiter nachgeforscht hat und zu dem Resultate gelangt ist, daß dieses Institut mit dem älteren teutschen Rechte zusammenhängt und selbst die Stelle des kanonischen Rechtes, auf welche die ältere Doctrin dieses Institut stützte (cap. 9. X. II. 19.), unverkennbare Spuren des älteren teutschen Rechtes enthält.

gemeinheit auch nur angedeutet wird. Es kann dies aber noch specieller bewiesen werden. In Bezug auf Occupation herrenloser Sachen und gewisse Fälle der Accession kommen zwar mehrfache Aussprüche der teutschen Rechtsquellen vor, welche sich in die entsprechende römische Lehre einweihen ließen. Allein die hier zu Grunde liegenden Anschauungen, z. B. daß ein wildes Thier demjenigen gehört, welcher es fängt, daß eine neu entstehende Insel zu dem zunächst gelegenen Grundstücke gehört u. s. w., sind natürliche, sich von selbst, sobald der Begriff des Eigenthums da ist, darbietende. Jene natürliche Anschauung ist zu einem juristischen Begriffe von allumfassender Bedeutung nicht erweitert worden. Das Eigenthümliche der Erwerbslehre besteht in der absoluten Kraft des Erwerbsactes und gerade in dieser Beziehung haben die Germanen entgegengesetzte Ansichten. Hierher gehören: 1) die Specification. Diese wird nicht als Erwerbsart behandelt. Wenn auch der Beklagte sich durch die Behauptung schützen kann, daß er das Gewand, welches ihm abgefordert wird, selbst habe machen lassen[417], so zerfällt doch dieser Schutz, wenn der Kläger das Eigenthum des Stoffes ansprechen kann[418]; die absolute Erwerbslehre gestattet nur ein entweder — oder. 2) Der Fruchtgewinn. Das Junge eines Thieres wird nach römischem Rechte Eigenthum dessen, welcher das Mutterthier bona fide besitzt[419]; bei den Germanen kann sich wieder der Beklagte mit der Behauptung schützen, er habe das Vieh in seinem Stalle aufgezogen[420]; es kann ihm aber mit Erfolg entgegnet werden, der Kläger sei Eigenthümer des Mutterthieres gewesen[421]. Auch hier fehlt das Criterium des absoluten Erwerbes. In anderer Beziehung scheint aber die Lehre von der Frucht gerade geeignet, diese Ansicht zu widerlegen. Das germanische Recht hat nämlich in Ansehung der Frucht Regeln aufgestellt, welche zwar mit dem römischen Rechte übereinstimmen, aber doch den Erwerb des Eigenthums an der Frucht zu betreffen scheinen. Dem Nichteigenthümer eines Grundstückes wird in verschiedenen Verhältnissen die Frucht zugesprochen, falls er zur Gewinnung derselben gewisse Vorbereitungen getroffen hat; er kann insbesondre, wenn er zur Zeit der Ernte den Besitz bereits zurückgewährt hat, auf Ersatz des Aufwandes für Saaten und Ackerarbeiten Anspruch machen, ja sogar verlangen, daß ihm das Einernten derselben, mit oder ohne Vergütung gestattet sei. Hieraus wird nun gefolgert, daß er Eigenthümer der Frucht

---

417) Richtsteig Landrechts Cap. 17. Goslar. Statuten S. 100, Z. 5—8 (Göschen).

418) Richtsteig a. a. O.

419) L. 28. D. 22. 1. L. 48. §. 2. D. 41. 1. L. 48. §. 6. D. 47. 2. Die unter Umständen eintretende Restitutionspflicht ist obligatorisch.

420) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 3. Richtst. Landr. Cap. 17. Goslar. Stat. S. 100, Z. 2—10. Andere mittelalterliche Rechtsquellen führt an Delbrück a. a. O. S. 50.

421) Vgl. Delbrück a. a. O. S. 55 flg., wo auch mittelalterliche Rechtsquellen dafür angeführt werden.

auch vor der Trennung von Grund und Boden sei [422]), zumal in den Quellen Ausdrücke vorkommen, welche geradezu auf Eigenthumserwerb hindeuten [423]). Dagegen bemerkt Delbrück, daß auch diese Lehre bei näherer Betrachtung nur zur Bestätigung des von ihm verfochtenen Satzes diene. Die Frucht könne nur, nachdem sie vom Boden getrennt sei, Gegenstand eines selbstständigen Eigenthums sein. Dies sei nicht blos römisch, sondern es liege in der Natur der Sache. Niemand werde behaupten wollen und beweisen können, daß derjenige, welchem die Frucht zukommt, wenn er den Besitz des Grundstückes vor der Ernte verloren und der Nachfolger die Früchte geerntet und veräußert hat, ein Vindicationsrecht gegen den Besitzer habe; man werde ihn mit seinem Anspruche an den Veräußerer verweisen. Mithin wolle jene Lehre nichts weiter besagen, als daß demjenigen, welcher die Frucht verdient hat, ein persönlicher Anspruch gegen den Anderen zukomme; es werde nur eine Grundlage für das Geschäft der Auseinandersetzung zwischen dem abgehenden und zuziehenden Besitzer gegeben, und wenn die Quellen sagen, wessen die Saat ist, so sei dadurch nur in der Ausdrucksweise des gemeinen Lebens bestimmt, welcher von jenen beiden bestimmten Personen der Ertrag zufließen solle [424]). Es muß nun unseres Erachtens hierbei zugegeben werden, daß der Grundsatz des teutschen Rechtes, wornach sog. Industrialfrüchte als verdientes Gut angesehen werden, wenn die zur zukünftigen Ernte erforderlichen Arbeiten vollendet sind, immer nur im Verhältnisse zu einer anderen Person, welcher das Eigenthum eines Grundstückes gehört oder anfällt, und dem bisherigen Nutzungsberechtigten, dessen Recht erloschen ist, aufgestellt wird, z. B. zwischen dem Ehemanne und der Ehefrau oder deren Erben nach Auflösung der Ehe, zwischen dem Lehnfolger und Landerben, und die Frage, ob das verdiente Gut, wenn der Nachfolger die Früchte geerntet und veräußert hat, bei dem dritten Besitzer vindicirt werden könne, gar nicht berührt wird. Ueberhaupt ist der gedachte Grundsatz des teutschen Rechtes auch nur aus dem Vindicationsverfahren hervorgegangen [425]). Es ergiebt sich dies augenscheinlich aus dem Volksrechte der Bayern [426]). In ihm kommt die erste Andeutung davon vor, daß bei Industrialfrüchten das Wesentliche in der Arbeit besteht, welche zu ihrer Erzeugung nothwendig war, und an diese Ansicht wird im späteren Rechte die Lehre vom Perceptionsmomente geknüpft. In dem bayer. Volksrechte wird diese Ansicht bei dem Vindicationsverfahren vorgetragen. Wer nämlich ein fremdes Grundstück vindiciren will, soll mit sechs Sacramentalen schwö-

---

422) Heimbach iun., Lehre von der Frucht S. 270 flg. Siehe auch den Artikel Usus fructus Bd. XI, S. 897—902.

423) Z. B. sächs. Landr. B. 3, Art. 76, §. 4: „die sat ist ires Mannes". B. 2, Art. 46, §. 3: „he behalt die sat".

424) Delbrück a. a. O. S. 29 flg.

425) Vgl. Heimbach iun. a. a. O. S. 273.

426) Lex Baioariorum Tit. XVI. cap. 1. §. 2.

ren: ego tua opera priora non invasi contra legem, nec cum sex solidis componere (dieses ist nämlich nach §. 1 der in der Note citirten Stelle die Strafe für unbefugtes Usurpiren fremder Besitzungen) quia mea opera et labor prior hic est, quam tuus. Er stützt sich also darauf, daß er früher als der jetzige Besitzer das Grundstück bearbeitet und bebaut habe. Der Gegner, welcher diesen Eid entkräften will, hat Zeugen vorzuführen, welche aussagen, daß er die Arbeitsfrucht immer aus dem Grundstücke gezogen, daß er dasselbe ohne fremden Widerspruch bearbeitet, gereinigt, besessen und von seinem Vater als Besitzung überkommen habe. Es heißt: quod labores de isto campo semper ego tuli, nemine contradicente exertavi, mundavi, possedi usque hodie et pater reliquit mihi in possessione sua. Daran schließt sich nun unmittelbar der Zeugeneid, welcher darauf gestellt werden soll: qui ego hoc meis auribus audivi et oculis meis vidi, quod istius hominis priora opera fuerunt in isto agro, quam tua et labores fructuum ille tulit. Das Ziehen der Arbeitsfrucht wird hier offenbar mit den Ausdrücken: labores de isto campo ferre, labores fructuum ferre, bezeichnet. Geht aus dieser Stelle des bayer. Volksrechtes unzweideutig hervor, daß der gedachte Grundsatz aus dem Vindicationsverfahren hervorgegangen ist, so ergiebt sich auch weiter daraus, daß auch die Grundlage dieses Grundsatzes das höhere Princip ist: Im Eigenthumsstreite geht derjenige vor, welcher die ältere, bezüglich die bessere Gewere hat. Die mittelalterlichen Quellen sprechen von jenem bei Industrialfrüchten geltenden Grundsatze auch nur bei der Auseinandersetzung zwischen bestimmten Personen, als möglicher Weise von einem Vindicationsverfahren und stellen hierbei den gedachten Grundsatz in Bezug auf die Industrialfrüchte auf; der gedachte Grundsatz enthält aber auch nur hier eine Anwendung des höheren Princips, daß im Eigenthumsprocesse derjenige den Vorzug habe, welcher die ältere, bezüglich die bessere Gewere für sich geltend machen kann. Geht man hiervon aus, so ergiebt sich, daß auch die mittelalterlichen Quellen nicht die Fruchtgewinnung von dem Gesichtspunkte einer Erwerbsart des Eigenthums aus behandeln, sondern nur aus dem processualischen Standpunkte des Vindicationsverfahrens. Es wird dies noch klarer, wenn man damit die Grundsätze von der Fruchtrestitution bei dem Vindicationsverfahren in Verbindung bringt [427]). Denn hier galt nach den mittelalterlichen Rechtsquellen [428]) der Grundsatz, daß, wer vor Anstellung der Klage (unbeklagt) ein fremdes Grundstück bearbeitet und besäet, die Frucht als Eigenthum behält, dem Eigenthümer aber einen Zins geben muß. Es ist also hier zwischen demjenigen, welcher zur Fruchtnutzung befugt war und dem Unbefugten bei der Vindication nur der Unterschied, daß der Erstere die Industrialfrüchte, die er erarbeitet hat, behält, ohne eine Vergütung dafür leisten zu müssen, während der

427) Vgl. Heimbach iun. a. a. O. S. 297 flg.
428) Sächs. Landr. B. 2, Art. 40, §. 3.

Letztere eine Vergütung dafür entrichten muß. 3) Die Tradition überträgt nach römischem Rechte nur dann Eigenthum, wenn der Tradent Eigenthümer ist. Das germanische Recht scheint von derselben Anschauung auszugehen; denn es wird gesagt, daß es nicht genügt, wenn der Erwerber seinen Vorbesitzer nennt, sondern es muß vielmehr durch die ganze Reihe der Vorbesitzer zurückgegangen werden bis auf einen gewissen Punkt. Auf dem Standpunkte der Erwerbslehre kann nicht eher Halt gemacht werden, als bis man auf den wahren Eigenthümer trifft. Allein in den mittelalterlichen Quellen ist dieser Endpunkt ganz anders bestimmt; man soll so lange zurückgehen, bis man auf denjenigen trifft, welcher das Vieh in seinem Stalle aufgezogen oder das Gewand selbst gemacht hat[429]). Da aber die Specification und der Fruchtgewinn nicht als Erwerbsarten behandelt sind, so läßt sich auch die Wirksamkeit der Tradition nicht auf jene Thatsachen zurückführen. 4) Die Ersitzung ist dem germanischen Rechte unbekannt. Darin liegt ein starker Beweis; denn kein Recht, dessen Eigenthumsschutz auf dem Eigenthumserwerbe beruht, kann der erwerbenden Verjährung des Eigenthums entbehren. So kräftig der Schutz auch ist, welchen die Extinctivverjährungen des germanischen Rechtes dem Besitzer gewähren, so haben sie doch mit der Erwerbslehre keine Gemeinschaft. Wer ein Grundstück nach erfolgter Auflassung Jahr und Tag besessen hat, erlangt die rechte Gewere; diese ist aber nicht absoluter und ausschließlicher Natur. Zwei können an derselben Sache die rechte Gewere erlangt haben; Dritten gegenüber sind Beide gleich bevorzugt; streiten sie unter einander, so siegt die jüngere Gewere[430]). Es ist ferner möglich, daß Jemand gewissen Personen gegenüber, welche zeitig Widerspruch erhoben haben oder durch echte Noth, solchen zu erheben, verhindert worden sind, die rechte Gewere nicht hat, während sie ihm, allen anderen Personen gegenüber, allerdings zusteht[431]). Die Usucapion giebt absolutes Eigenthum; die in gewissen Fällen zulässige Restitution ist nicht nothwendig. Man hat weiter behauptet, das germanische Recht kenne nicht blos römische Erwerbsarten, sondern es habe deren sogar noch einige mehr als das römische Recht. Hierher wird 5) die Auflassung gerechnet. So unzweifelhaft es auch ist, daß diese in der modernen Entwickelung den Charakter einer Erwerbsart des Eigenthums angenommen hat[432]), so wirkte sie doch früher nur rechte Gewere, deren relative Natur eben gezeigt worden ist. 6) Ferner hat man auch Erbschaft für eine Erwerbsart gehalten. Diese gewährt allerdings unter Umständen einen wirksamen Rechtsschutz; dieser Schutz ist aber relativer Art; namentlich

429) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 6.

430) Albrecht, Gewere S. 119.

431) Richtst. Landr. Cap. 27. Sächs. Landr. B. 2, Art. 44, §. 1. Goslar. Statuten S. 27, Z. 11—14.

432) Vgl. Beseler, System des gemein. teutschen Privatrechtes Bd. 2, §. 88, 89.

giebt Erbschaft kein Eigenthum an fremden Sachen. Denn der Erbe soll fremde, im Nachlasse befindliche, Sachen herausgeben[433]); sie können ihm abgewonnen werden[434]), und seine Gewere ist überall nur die des Erblassers; auch schützt die auf Erbfolge beruhende rechte Gewere nur gegen Erbansprüche Anderer[435]). — Es war aber auch bei den Germanen überall kein Bedürfniß nach einer Erwerbslehre vorhanden. Dies ergiebt sich schon aus dem Mangel von Regeln über den Erwerb, welcher nicht durch die angebliche Armuth des teutschen Rechtes an Rechtsregeln überhaupt erklärt werden kann. Der Grund, weshalb die Germanen kein Bedürfniß zur Entwickelung von Erwerbsregeln empfanden, ist folgender. Bei den Römern beruhte der Schutz des Eigenthums auf dem Erwerbe; sie mußten mithin über die Erwerbsgründe klar zu werden suchen; bei den Germanen hatte dieser Schutz eine andere Grundlage; mithin hatten sie dieses Bedürfniß nicht. Der Schwerpunkt des römischen Eigenthumsschutzes liegt im Privatrechte; der Schwerpunkt des germanischen Eigenthumsschutzes liegt im Processe. Schon die Römer waren nach dem unter I. A. Bemerkten genöthigt, zu processualischen Motiven zu greifen; sie thaten es aber als einen Schritt der Noth, über dessen Bedeutung sie sich gleichsam selbst täuschten. Der Gegensatz besteht nur darin, daß die Germanen die processualische Construction zum Princip und zwar zum ausschließlichen Princip erheben. Damit ist nicht gesagt, daß das Eigenthum nicht selbst Grundlage des Eigenthumsschutzes gewesen sei; das Wesen des Gegensatzes liegt vielmehr im Beweise des Eigenthums. Das Charakteristische des germanischen Eigenthumsprocesses ist, daß der Proceß in der Regel durch den Parteieneid entschieden wird. Dieser Eid, daß die streitige Sache Eigenthum des Schwörenden sei, liefert den Beweis des Eigenthums und ersetzt den Beweis des Erwerbes. Es konnte daher eine Erwerbslehre kein Bedürfniß sein. Denn wenn man berechtigt ist, sein Eigenthum zu beschwören, so ist es gleichgiltig, wie man es erworben hat, während umgekehrt es überflüssig ist, diesen Eid zu verlangen, wenn man den Erwerb bewiesen hat. Je entschiedener aber der Erwerb zurücktritt, destomehr tritt die Frage in den Vordergrund, welche von beiden Parteien zum Eide zu lassen sei. Der Kampf um diesen Vorzug bildet den eigentlichen Kern des Processes und wird durch das Beweisurtheil entschieden, welches für den Ausgang des Rechtsstreites im wesentlichen maßgebend ist[436]). Die hierbei geltenden Grundsätze bilden die dem germanischen Rechte eigenthümliche Lehre vom Beweisrechte und diese Lehre löst auf processualischem Wege dieselbe Aufgabe, welche die

433) Sächs. Landr. B. 3, Art. 31, §. 2. Goslar. Stat. S. 10, Z. 15, 16. S. 100, Z. 9—11. Kl. Kaiserr. II, 104.

434) Sächs. Landr. B. 2, Art. 44, §. 2.

435) Albrecht a. a. O. S. 106 flg.

436) Planck, Lehre vom Beweisurtheil §. 6—10. Derselbe, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. X, S. 205 flg.

römische Erwerbslehre auf dem Gebiete des materiellen Rechtes gelöst hat. Das Verhältniß läßt sich zunächst an einem Beispiele aus dem Richtsteig Landrechts veranschaulichen. Im Cap. 17 dieses Rechtsbuches streiten zwei Parteien um eine bewegliche Sache. Der Kläger behauptet, die Sache sei ihm gestohlen, der Beklagte führt an, er habe das Vieh selbst aufgezogen oder das Gewand selbst wirken oder machen lassen. Weder die vom Kläger, noch die vom Beklagten behauptete Thatsache stellt einen Erwerbsact dar; der Richter maßt sich aber auch gar nicht an, entscheiden zu wollen, wer von ihnen das Eigenthum erworben habe, sondern er spricht blos aus, der Beklagte sei näher zum Eide, und erst dieser Eid entscheidet, zwar nicht über den Erwerb, wohl aber über das Dasein des Eigenthums in der Person des Schwörenden. Der wesentliche Unterschied dieses Eides von unserem heutigen Erfüllungseide besteht darin, daß letzterer nur das am Beweise der Thatsachen, welche den Erwerbsact darstellen, Fehlende ergänzt, der Parteieneid aber sich auf das Vorhandensein des Rechtes ohne Rücksicht auf die Art der Entstehung bezieht. Daher rührt auch der eigenthümliche Sprachgebrauch der teutschen Quellen. Gerade die Stellen, in welchen man Grundsätze über Eigenthumserwerb hat finden wollen, sagen nicht, derjenige, welcher sich auf gewisse Thatsachen berufen könne, sei als Eigenthümer anzusehen, sondern sie sagen, er sei näher zum Eide, näher, die Sache zu behalten, er könne sich der Sache unterwinden, sich zu ihr ziehen u. s. w., kurz sie legen ihm nur eine processualische Befugniß bei. Sonach bietet der Proceß nicht einmal eine Stelle dar, wo die Erwerbslehre sich hätte geltend machen können; denn der Eid geht nicht auf den Erwerb, sondern auf das Dasein des Rechtes, und das Beweisrecht regelt sich nach Grundsätzen, welche im geraden Gegensatze zu dem absoluten Charakter der Erwerbslehre stehen. Das Beweisrecht hat eine formelle und eine materielle Grundlage. In ersterer Beziehung nämlich giebt es einen Vorzug für den Theil, welcher den besseren Beweis anbietet. Hierher gehören: das Gerichtszeugniß und die leibliche Beweisung, woran sich später der Urkundenbeweis anschließt. Wenn ein solcher Beweis vorliegt, so wird häufig das Endurtheil ohne vorgängigen Parteieneid gefällt worden sein. Wenn aber von beiden Parteien nur ihr Eid und der Eid der Mitschwörenden angeboten wird, dann müssen andere Grundsätze entscheiden. Man hat vielfach versucht, einen allgemeinen Grundsatz aufzufinden. Nach der Ansicht von Albrecht[437]) soll der Beklagte in der Regel zum Eide gelassen worden sein; eine Meinung, welcher sich auch mehrere Neuere anschließen. Planck will dem Angegriffenen, welcher nach Umständen der Kläger oder der Beklagte sein kann, den Vorzug gewähren[438]). Von Sachse wird unterschieden, ob von ein-

437) Doctrina de probat. P. I. II. 1825 u. 1827.

438) Planck, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. X, S. 205 flg. Derselbe, Beweisurtheil §. 5.

seitigen Handlungen einer Partei die Rede ist oder ob beide Theile bei der fraglichen Handlung thätig gewesen sind; im ersteren Falle soll die betreffende Partei, deren Handlung in Frage steht, den Vorrang haben, gleichviel ob sie behauptet oder leugnet; im letzteren Falle soll der Fordernde den Vorzug haben, ausgenommen gewisse Rechtsverhältnisse, welche er rein consensuelle nennt. Von der Auffindung solcher allgemeinen, das Criminalrecht und das Civilrecht, die dingliche und persönliche Klage gleichmäßig umfassenden Regeln wird man aber wohl absehen müssen. Wenigstens kann in Bezug auf den Eigenthumsschutz davon abgesehen werden, da hier ein concretes Rechtsinstitut, die Gewere, die Grundlage des Beweisrechtes bildet.

BB. Die Gewere als Grundlage des Beweisrechtes. 1) Im allgemeinen. Die Grundlage des Beweisrechtes auf dem Gebiete des Eigenthumsschutzes ist die Gewere, die Gewere im einfachen Sinne des factischen Besitzes. Hierdurch, aber auch nur hierdurch ist die Gewere die Grundlage des ganzen Sachenrechtes. Denn wenn der Schutz des Eigenthums vom Rechte zur Beweisführung, dieses aber von der Gewere abhängt, so wird sie dadurch in demselben Sinne zum Mittelpunkte des Sachenrechtes, wie bei den Römern die Lehre vom Erwerbe des Eigenthums diesen Mittelpunkt bildet. Die Gewere also ist die Grundlage des Beweisrechtes, d. h. der Besitzer ist näher zum Eide als der Nichtbesitzer. Es hat dies darin seinen Grund, daß im allgemeinen, wie man sich später ausdrückte, der Besitz eine Vermuthung für das Eigenthum hervorbringt, und diese Vermuthung ist so stark, daß sie demjenigen, welchem sie zu Statten kommt, das Beweisrecht verschafft[439]). So sehr dieser Grundsatz dem römischen Rechte zu entsprechen scheint, nach welchem der Besitzer von der Klage losgesprochen wird, wenn der Kläger sein Recht nicht beweisen kann, so ist doch diese Auffassung irrig. Denn das römische Recht bezieht diesen Vorzug des Besitzes auf den gegenwärtigen Besitz; das germanische Recht läßt diesen Vorzug auch dem ehemaligen Besitzer zu Gute kommen. Auch derjenige, welcher jetzt nicht besitzt, aber früher besessen hat, kann sich auf den Vorzug des Besitzes berufen. Wenn nun zwei Besitzer mit einander streiten, ein ehemaliger und ein gegenwärtiger, so entsteht ein Conflict; dieser wird aber durch die Regel gelöst, daß der ehemalige Besitzer dem gegenwärtigen Besitzer vorgeht. Diese Regel ist dem römischen Rechte unbekannt. Wenn sich auch die Usucapion und die Publicianische Klage aus einem Gesichtspunkte auffassen lassen, welcher sich dieser Auffassung bis zu einem gewissen Grade nähert, so hat doch der ehemalige Besitz allein bei den Römern niemals eine rechtliche Wirkung; es muß immer noch etwas hinzukommen, sei es eine gewisse Dauer dieses Besitzes oder ein gewisser Rechtsgrund oder Dauer und Rechtsgrund

439) Sächs. Landr. B. 3, Art. 32, §. 6. Schwabensp. Cap. 294 (Ausg. v. Laßberg). Kl. Kaiserr. II, 108 (Ausg. v. Endemann).

zusammen. Der Vorzug des ehemaligen Besitzes, als solcher, gehört allein dem germanischen Rechte an. Gegen diesen ist, wenn man ihn auch an sich als möglich und berechtigt anerkennt, folgender Einwand möglich. Der gegenwärtige Besitz des Beklagten nämlich ist gewiß, der ehemalige Besitz des Klägers aber ungewiß. Mit Recht wird daher im römischen Rechte Beweis des ehemaligen Besitzes sowie der sonstigen Erforderniße von Seiten des Klägers verlangt. Diese Garantie ist im germanischen Processe nicht vorhanden. Der Kläger wird auf seine bloße Behauptung hin, daß er besessen habe, zum Eide über das Eigenthum gelassen. Es ist also die Lage der Sache eine ganz andere. Jener Einwand ist zunächst gegen das germanische Beweisverfahren überhaupt möglich und findet seine allgemeine Erledigung darin, daß die Partei nicht allein, sondern mit Eideshelfern schwört, worin eine starke Garantie für die Aufrichtigkeit des Klägers liegt. Es sind aber noch folgende specielle Momente zu berücksichtigen. Während nämlich bei den eigentlichen Eideshelfern es auf deren Kenntniß von dem Beweissatze gar nicht ankommt, sie vielmehr nur auf Grund ihrer moralischen Ueberzeugung von der Reinheit des Haupteides der Partei einen Eid nach Ableistung des Haupteides dahin leisten, „daß dieser Eid rein und nicht mein sei," so werden schon frühzeitig solche Mitschwörende erwähnt, welche mehr den Zeugen ähnlich sind, indem von ihnen eine speciellere Kenntniß der Sachlage gefordert wird und ihre Aussage und ihr Eid dem Haupteide der Partei vorangehen muß. Solche, gerade bei Besitzfragen vorkommende Mitschwörende[440]) geben hier die vermißte Garantie. Ein anderer, noch wichtigerer Umstand ist, daß der Beklagte durch Ansprechen der stärkeren Gewere den Vorzug der älteren Gewere brechen und somit sich leicht das Beweisrecht verschaffen kann, wenn er auf redliche Weise zum Besitze gelangt ist. Diese stärkere Gewere beruht auf mehrfachen Momenten. Die nächste sich darbietende Betrachtung ist folgende. Der frühere Besitz des Klägers und der jetzige Besitz des Beklagten müssen, sei es durch ein einfaches Ereigniß oder durch eine Kette von Ereignissen, mit einander in Verbindung stehen. Kann nun der Beklagte behaupten und Beweis dafür anbieten, d. h. schwören und taugliche Personen stellen, welche mit ihm schwören, daß er die Sache auf redliche Weise vom Kläger erworben habe, so hat er den Vorzug. Dies ist die erste Art der möglichen Vertheidigung; die zweite beruht auf der Verschweigung, d. h. auf der teutschen Extinctivverjährung. Wer ein Grundstück unter gewissen Voraussetzungen erworben und eine gewisse Zeit hindurch besessen hat, erlangt die rechte Gewere und damit das Recht zur Abweisung jedes Anspruches dritter Personen. Aehnliches gilt bei beweglichen Sachen, welche der Besitzer gefunden, Dieben abgejagt oder sonst zufällig bekommen hat, wenn dieselben öffentlich aufgeboten sind und

440) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 4 verb.: unde jene behalt sin gut u. s. w. S. auch Goslar. Stat. S. 100, Z. 8.

eine gewisse Zeit nach dem Aufgebote verflossen ist[441]). Bei diesen beiden Arten der Vertheidigung wird der frühere Besitz des Klägers anerkannt oder wenigstens dahin gestellt. Anders steht es mit einer dritten Art. Der Beklagte hat nämlich auch dann eine stärkere Gewere, wenn er behaupten kann, daß er die Sache selbst gefertigt oder das Thier in seinem Stalle aufgezogen habe u. s. w. Die Angabe des Klägers, früher besessen zu haben, ist damit unvereinbar. Der Beklagte stellt also diesen früheren Besitz in Abrede, behauptet aber zugleich seinerseits einen Erwerb der Sache, welcher ihm den Vorzug sichert. Diese Fälle nähern sich den originären Erwerbsarten des römischen Rechtes und haben in Verbindung mit den Fällen der zweiten Vertheidigungsart zu der Meinung Veranlassung gegeben, daß das germanische Recht Grundsätze über Erwerb des Eigenthums entwickelt habe. Der Kläger kann sich nun aber gleichfalls auf einen solchen Erwerb stützen und dann, aber auch erst dann, wird für den Beklagten, wegen seines jetzigen Besitzes erkannt. Der Vorzug der Gewere hat eine bestimmte und zwar relative Gliederung, und diese Relativität hat im allgemeinen folgende Grade: 1) die ältere Gewere geht der jüngeren vor; 2) die stärkere Gewere geht der älteren vor; 3) ist die Gewere auf beiden Seiten gleich stark, so entscheidet die jüngere (hebbende) Gewere. Diese Sätze werden im Folgenden einzeln bewiesen.

2) Vorzug der älteren Gewere. Der Satz, daß die ältere Gewere der jüngeren vorgehe, ist ein Fundamentalsatz des germanischen Rechtes, welcher alle Rechtssphären durchdringt, durch alle Zeitalter hindurchgeht und bei dem Zusammenstoße mit dem fremden Rechte sich erhalten hat, aber gerade deswegen, weil er Allen gegenwärtig und lebendig war, als allgemeine Rechtsregel nicht ausgesprochen wird. Das früher nie Bezweifelte ist daher künstlich nachzuweisen. Doch findet sich dieser Rechtssatz in den verschiedensten Anwendungen. Dieser Zusammenhang ist von Albrecht[442]) vor Allen erkannt und manche Neuere sind ihm, mehr oder weniger, gefolgt[443]). Albrecht hat aber die Gewere, statt ihr im Beweisrechte die gebührende Stelle anzuweisen, als dingliches Recht behandelt, und seine Lehre ist deshalb mannigfach angefochten worden. Um jenen Satz selbstständig zu begründen, bedarf es einer Darlegung der verschiedenen Anwendungen und Erscheinungen desselben. Zunächst ist auf eine von jeher bemerkte Eigenthümlichkeit des germanischen Eigenthumsprocesses hinzuweisen. Während nämlich im römischen Rechte vom Kläger verlangt wird, daß er etwas thue, um den

441) Vgl. den Artikel Verjährung.

442) Albrecht, Gewere §. 13.

443) Homeyer, Syst. des Lehnrechtes der sächs. Rechtsbücher in dessen: des Sachsenspiegels zweiter Theil Bd. 2, S. 402, 618. Planck, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. X, S. 288. Lehre vom Beweisurtheil S. 45. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 307, Anm. 2.

Sieg davon zu tragen, scheint im Gegentheile das germanische Recht davon auszugehen, daß gerade dem Beklagten eine solche Thätigkeit obliege. Die Hauptstellen sowohl der altteutschen Volksrechte und des nordischen Rechtes sowie der teutschen mittelalterlichen Rechtsquellen sprechen nicht davon, wie der Kläger anzusprechen, sondern davon, wie der Beklagte sich zu vertheidigen habe [444]). Von Bruns [445]) wird der Grund in der Beschaffenheit der Quellen gesucht; es fragt sich aber, weshalb dann die Quellen diese Beschaffenheit haben. Man wird erwidern, der germanische Proceß kenne keine Beweislast, sondern nur ein Beweisrecht; da das Beweisrecht nun in der Regel dem Beklagten gebühre, so müsse die Vertheidigung in den Vordergrund treten; Beweislast des Klägers und Beweisrecht des Beklagten seien nur processualisch verschiedene Aeußerungen desselben rechtlichen Grundgedankens, daß der Besitzer den Vorzug habe [446]). Diese Erklärung würde genügen, wenn die bloße Behauptung des Eigenthums und das bloße Erbieten zur Beschwörung desselben auf beiden Seiten gleiche Kraft hätte. Der Kläger hat genug gethan, wenn er Eigenthum behauptet; blos bei beweglichen Sachen muß er aber nach Verlust des Besitzes wider Willen behaupten können. Der Beklagte hat aber nicht genug gethan, wenn er Eigenthum behauptet; er muß vielmehr angeben, wie er zu der Sache gekommen sei. Als Beispiele kommen vor: Erbeutung, Ererbung, Confiscation, Fabrication, Aufziehen von Thieren, Tradition, Finden, und hiernach soll man nach dem Richtsteige prüfen, ob der Beklagte die Sache mit Recht behalten möge. Der Grund, aus welchem doch der Kläger mit der bloßen Behauptung des Eigenthums davon kommt, ist folgender. Wenn der Kläger Eigenthum behauptet, so sagt er auch damit, daß er die Sache früher besessen habe. Wenn dies auch auf dem Standpunkte des heutigen Rechtes nicht immer wahr ist, so liegt doch hier die naive Anschauung eines Volksrechtes vor, wo der gewöhnliche Fall meistens ausschließlich in das Auge gefaßt wird. Die verschiedene Behandlung beider Parteien beruht mithin auf dem Vorzuge des älteren Besitzes. Diese natürliche Erklärung ist auch die einzig mögliche und beweist also auch die behauptete Regel; sie erklärt aber auch, warum vom älteren Besitze, als solchem, so wenig die Rede ist, indem die Behauptung des Eigenthums die Behauptung des ehemaligen Besitzes vertritt. Es ist nun, nachdem dies vorausgeschickt ist, der specielle Beweis zu liefern. 1) Der Kläger, welcher Verlust des Besitzes wider Willen behaupten kann, hat den Vorzug vor dem Beklagten, welcher sich nur auf den gegenwärtigen Besitz beruft. Wer den Verlust des Besitzes einer Sache behauptet, behauptet damit ohne Zweifel auch,

444) Lex Baioar. XV. 11. Stellen des Nordischen Rechtes bei Bruns a. a. O. S. 287 flg. Sächs. Landr. B. 2, Art. 36. Richtst. Cap. 11. Andere Stellen der Quellen führt an Delbrück a. a. O. §. 7, N. 4, S. 41.

445) Bruns a. a. O. S. 288.

446) Esmarch, Kieler Monatsschrift, December 1853 S. 1035.

daß er den Besitz gehabt habe. Wer behauptet, daß ihm eine Sache gestohlen, geraubt, daß er aus dem Besitze derselben entsetzt worden sei u. s. w., behauptet damit stets zugleich, daß er die Sache früher besessen habe. Mithin wird durch alle Aussprüche der Quellen, welche dem Bestohlenen u. s. w. das Beweisrecht zusprechen, der Satz bewiesen. Die Hervorhebung der Art des Verlustes und nicht vielmehr der Thatsache des früheren Besitzes erklärt sich aus der Rechtsregel: „Hand muß Hand wahren". Vermöge dieser Regel war demjenigen, welcher eine bewegliche Sache freiwillig aus der Hand gegeben hatte, die Verfolgung des Rechtes gegen den dritten Inhaber versagt. Der Kläger mußte nicht blos den früheren Besitz, sondern auch dessen Verlust durch äußere Begebenheiten behaupten können. Die gedachte Regel erklärt vollständig, weshalb zufälliger Verlust Bedingung der Klage ist; sie erklärt aber nicht, warum zufälliger Verlust des Besitzes dem Kläger das Beweisrecht verschafft. Das Beweisrecht des Klägers entspringt aus dem früheren Besitze. Hieraus folgt, daß in dinglichen Klagen um Grundstücke die Behauptung zufälligen Verlustes keinen nothwendigen Bestandtheil der Klage bildet. Sie wird aber häufig in der Klage vorgekommen sein, theils wenn dieselbe gegen den Entsetzer selbst gerichtet war, weil er als solcher in Strafen verfällt und selbst niemals die rechte Gewere erlangen kann[447]), theils wenn Gründe der Zweckmäßigkeit für die Anführung der Art des Besitzverlustes sprachen, z. B. wenn die Gezeugen des Klägers nur dadurch von dem früheren Besitze desselben wissen, daß sie um die Entsetzung wissen. a) Bewegliche Sachen. aa) Diebstahl oder Raub[448]). bb) Verlust durch Veruntreuung[449]). cc) Verlorenes Gut[450]). dd) Weggeschwemmtes Gut[451]). ee) Entlaufene Leibeigene[452]). Aus dieser Mannigfaltigkeit der Fälle geht hervor, daß es sich nicht, wie man wohl gemeint hat, um ein Privi-

---

447) Albrecht, Gewere S. 106. Sächs. Lehnr. Cap. 14, §. 1. Richtst. Lehnr. Cap. 29, §. 2. Rechtsb. nach Distinctionen B. 1, Cap. 34, dist. 3. Freib. Stat. (Schott, Samml. zu den teutschen Stadt- und Landrechten) III, 175.

448) Leges Wallicae III. 39.: iurabit, animalis dominum nullum esse praeter se — et idem se nunquam alienasse, sed furto ablatum fuisse vel per negligentiam amissum. Pact. Leg. Sal. 64. §. 1. Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 4: „unde jene behalt sin gut dat ime verstolen oder afgerovet was." Rechtsb. nach Distinct. B. 4, Cap. 42, dist. 3. 25. Goslar. Stat. S. 82, Z. 18. S. 100, Z. 23—28. Hamb. Stat. XII, 5, 6. Michelsen, der Lübecker Oberhof und seine Rechtssprüche Nr. 17. Sächs. Weichb. (Ausg. von Daniels) 101, al. 133.

449) Sächs. Landr. Bd. 3, Art. 6, §. 1: „Verdobelet en knecht sines herren gut, oder versat he't, oder verkoft he't, die herrn mach it wol weder vorderen mit rechte, deste he sik der to tiv als recht is." Vgl. Rechtsb. nach Distinct. B. 4, Cap. 42, dist. 4. Goslar. Stat. S. 82, Z. 18, 22.

450) Sächs. Landr. B. 2, Art. 37, §. 1. Schwabensp. Cap. 347. Rechtsb. nach Distinct. B. 4, Cap. 9, §. 5. Wend. Rüg. Landgebr. Tit. 91, 204.

451) Sächs. Landr. B. 2, Art. 29. Rechtsb. nach Distinct. B. 4, Cap. 42, dist. 13.

452) Lex Alemann. XXI. u. LXXXV.

legium des Bestohlenen oder Beraubten handelt. In vorstehenden Fällen wird über die Vertheidigung des Beklagten nichts gesagt; es ist daher anzunehmen, daß er sich bei seiner Weigerung lediglich auf seinen jetzigen Besitz stützt. Bestreitet er nicht blos den früheren Besitz des Klägers und die angegebene Art des Besitzverlustes, sondern behauptet er außerdem, daß der Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben habe, so wird dadurch in der Vertheilung des Beweisrechtes nichts geändert, weil jene Behauptung in das Gebiet des Gegenbeweises gehört und ein solcher im germanischen Verfahren der Natur der Sache nach unzulässig war[453]). Man kann daher der Meinung von Planck, nach welcher dann dem Beklagten der Vorzug zugestanden hat, nicht beitreten[454]). b) Unbewegliche Sachen. Wer behauptet, er sei seines Besitzes entsetzt worden, ist näher zum Eide als der gegenwärtige Besitzer. Dieser Satz gilt, es mag der Beklagte selbst den Kläger entsetzt haben oder nicht; nur insofern ist ein Unterschied, als der Beklagte im ersten Falle Buße geben muß[455]); insoweit ist aber auch der Beklagte nach allgemeinen Grundsätzen des Strafprocesses näher zum Eide[456]). Es gehören hierher mehrere Stellen der Quellen[457]). Aber nicht blos derjenige, welcher Verlust des Besitzes durch eine äußere Begebenheit behaupten kann, sondern auch derjenige, welcher nur überhaupt älteren Besitz ansprechen kann, ist näher zum Eide als der jetzige Besitzer[458]). Dieser Grundsatz, soweit vom Kläger die Rede ist, bezieht sich selbstverständlich nur auf Immobilien, da bewegliche Sachen der Regel: „Hand muß Hand wahren" unterliegen. Der Rechtsschutz des älteren Besitzes erscheint auf den ersten Anblick gefährlich für die Sicherheit des Besitzes über-

453) Planck, Beweisurtheil S. 45, 47, 69, 70.

454) Planck, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. X, S. 267. Siehe dagegen Delbrück ebd. Bd. XIV, S. 224.

455) Sächs. Landr. B. 3, Art. 47, §. 1. Schwäb. Landr. Cap. 309. Rechtsb. nach Distinct. B. 1, Cap. 34, dist. 4., wo aber statt „wedder geben" gelesen werden muß „wette geben"; vgl. das Eisenach. Rechtsb. B. 1, Cap. 72. Ausg. von Ortloff.

456) Richtst. Cap. 26 zu Anf. Sächs. Lehnr. Cap. 14, §. 1.

457) Vgl. Schöffenurtheil bei Böhme, diplom. Beitr. Th. VI, S. 155. Kaiserrecht B. 2, Cap. 104. Hierher gehört ferner Richtst. Cap. 26 und endlich die Stellen (Sächs. Lehnr. Cap. 11, §. 1. Cap. 22, §. 4 (Zobel). Schwäb. Lehnr. Cap. 96 u. 77. Bayer. Landr. 203. Magdeb. Schöffenurtheil bei Böhme a. a. O. S. 152), welche demjenigen, der seines Besitzes entsetzt ist, eine Gewere zuschreiben, da Gewere hier nur den Rechtsschutz des Entwerten bedeutet. — Vgl. Delbrück, in der Zeitschrift Bd. XIV, S. 254.

458) Vgl. Lex Baioar. XVI. 2., wo der Eid unumwunden dem älteren Besitzer zuerkannt wird. Nicht so bestimmt läßt sich ein Capitulare Karl's II. von 873 (Pertz, Monum. German. Leges I. 520.) dafür anführen, weil hier der Vorzug des ehemaligen Besitzes nicht als allgemeine Regel, sondern als ein Vorrecht des Kaisers und der Kirche erscheint, was sich aber wohl aus der Natur dieser Rechtsquelle erklärt. Aehnliche Belege finden sich in den mittelalterlichen Quellen. Vgl. Richtsteig Lehnr. Cap. 29. Münchner Stadtrecht von 1347 Art. 98.

haupt, da so der Veräußerer dem Erwerber überlegen zu sein scheint. Allein dieser Schein verschwindet durch den Vorzug der stärkeren Gewere vor der älteren. Es konnte übrigens der Schutz des älteren Besitzes auch dem Beklagten zu Theil werden. Kann nämlich der Beklagte behaupten, daß er zu der Zeit, zu welcher der Kläger den Besitz gehabt und verloren haben will oder auch vor dieser Zeit selbst schon besessen habe, so ist ihm das Beweisrecht zuzuerkennen[459]). In diesem Falle kann auch bei beweglichen Sachen der ältere Besitz entscheidend sein[460]).

3) Vorzug der stärkeren Gewere. Die erste Klasse der Vertheidigung umfaßt die Verschweigungen. Hierher gehören folgende Regeln: 1) Kann der Beklagte rechte Gewere behaupten, so gebührt ihm das Beweisrecht[461]). 2) Vermag der Beklagte zu behaupten, daß er die streitige Sache gefunden oder Dieben und Räubern abgejagt hat, oder daß sie ihm im Wasser zugeflossen ist und daß er sie dann aufgeboten und nach dem Aufgebote sechs Wochen besessen hat, so gebührt ihm das Beweisrecht[462]). Die zweite Klasse von Vertheidigungen nähert sich den ursprünglichen Erwerbsarten des römischen Rechtes. Es gehören hierher namentlich folgende Fälle: 1) das Aufziehen von Vieh[463]); 2) die eigene Verfertigung von Sachen[464]). 3) Aehnlich verhält es sich nach einigen Rechten mit erbeuteten oder über See und Sand gekommenen Sachen[465]). Die dritte Klasse von Vertheidigungen bezieht sich auf den rechtmäßigen Erwerb durch Tradition. Hier muß der Beklagte sehr specielle Behauptungen aufstellen. Ungenügend ist die allgemeine Angabe, daß er die Sache gekauft habe, ohne Benennung des Verkäufers; sie genügt selbst dann nicht, wenn der Beklagte auf dem gemeinen Markte gekauft haben will. Er ist dann zwar näher zum Eide in strafrechtlicher, nicht aber in privatrechtlicher Beziehung[466]).

459) Brünner Schöffenbuch 100.

460) Hieraus erklärt sich, warum das alte Bamberger Recht §. 113 (Ausg. von Zöpfl S. 205, 206) gerade bei Mobilien den Vorzug des älteren Besitzes hervorhebt.

461) Richtst. Landr. Cap. 21 a. E. Sächs. Lehnr. Cap. 37, §. 3. Richtst. Lehnr. Cap. 29, §. 2. Andere Stellen der Quellen führt an Delbrück, die dingliche Klage S. 49.

462) Richtst. Landr. Cap. 12 u. 15. Sächs. Landr. B. 2, Art. 29 u. 37. Rechtsb. nach Distinct. Bd. 4, Cap. 9, dist. 5.

463) Lex Baioar. XVII. 2. Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 3. Richtsteig Landr. Cap. 17. Goslar. Stat. S. 100, Z. 2—10. Rechtsb. nach Distinct. B. 4, Cap. 9, dist. 5. Schwabensp. Cap. 317. Andere Stellen citirt Delbrück a. a. O. S. 50.

464) Lex Baioar. XV. 11. Richtst. Landr. Cap. 17. Goslar. Stat. S. 100. Z. 5—8. Rechtsb. nach Distinct. B. 4, Cap. 9, dist. 5.

465) Lex Baioar. XV. 11. Stad. Stat. VII, 7. Alt. Lüb. Recht III, 334 (Hach). Revid. Lüb. Recht IV, 1, §. 10.

466) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 4. Freib. Stadtr. v. 1120 S. 57. Schwabensp. Cap. 317. Goslar. Stat. S. 99, Z. 10. Richtst. Landr. Cap. 13. Rechtsb. nach Distinct. IV, 42, dist. 7. und 9. dist. 4. Sächs. Weichb. (Daniels) Art. 102, §. 2.

Im übrigen gelten folgende Grundsätze: 1) Wenn der Beklagte behauptet, die Sache unmittelbar vom Kläger selbst erworben zu haben, so gebührt ihm der Vorzug [467]. 2) Behauptet der Beklagte den Erwerb der Sache von einem Dritten, so gewinnt er dadurch kein Beweisrecht, selbst wenn er den Geweren benennt. Dies ist bemerkenswerth; denn wenn wirklich, wie behauptet worden ist, der Beklagte, als solcher, näher zum Eide wäre, so müßte ihn die Behauptung des redlichen Erwerbes schützen. Dies ist aber nicht der Fall. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Gewere seine Gewährschaft anerkennt oder nicht. Im letzteren Falle liegt die Sache für den Beklagten ebenso, als wenn er sich blos auf seinen gegenwärtigen Besitz gestützt hätte; der Kläger ist näher zum Eide [468]. Im ersten Falle aber, wenn sich der Gewere zur Gewährschaft bekennt, muß der Kläger den Proceß mit dem Geweren fortsetzen und letzterer ihn übernehmen [469]. Zu diesem Zwecke muß letzterer, um sich den Sieg zu sichern, entweder eine stärkere Gewere ansprechen können oder wiederum seinen Geweren benennen. So konnte man durch die Reihe der Vormänner hindurch immer weiter zurückgehen, bis man endlich auf Jemanden traf, welcher eine stärkere Gewere als Kläger darthun konnte oder dem Kläger die Sache entwendet hatte [470]. Die Entscheidung des Streites zwischen dem Kläger und dem Geweren gilt [471] dann auch für den ursprünglichen Beklagten und umfaßt zugleich die Entschädigungspflicht des Geweren. Vorstehende Grundsätze gelten übrigens auch für Grundstücke, falls die Gewere nicht zu einer rechten geworden ist [472]. Das sonst wohl allgemeine Recht des Ziehens auf den Geweren soll nach Zöpfl im alten Bamberger Rechte sich anders verhalten haben [473]. — Bisher ist immer vorausgesetzt worden, daß der Kläger sich lediglich auf seinen früheren Besitz, bezüglich auf die Art des Verlustes, stützt; es ist aber auch möglich, daß der Kläger, sei es aus eigener Bewegung oder als Entgegnung auf die Antwort des Beklagten ebenfalls solche Thatsachen für sich anführt, welche eine stär-

---

467) Sächs. Landr. B. 3, Art. 4, §. 1. Richtst. Cap. 13, 47. Vgl. jedoch das alte Lüb. Recht Brackes c. II. A. 249 und Anh. II. zu den Goslar. Stat. S. 112, Z. 32—35. Siehe auch Planck, in der Zeitschrift Bd. X, S. 257, Anm. 19.

468) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 5, 7. Schwäb. Landr. Cap. 317. Rechtsb. nach Dist. IV, 42, dist. 8. u. 25.

469) Wegen des Näheren vgl. Budde, de vindicatione rerum mobilium germanica (1837) p. 66 sq. und Planck, in der Zeitschrift Bd. X, S. 255.

470) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 6. Schwäb. Landr. Cap. 317. Rechtsb. nach Distinct. IV, 9, dist. 4. Goslar. Stat. S. 100, Z. 2—8. Magdeb. Schöffenurtheil I, 13, d. un.

471) Schwabensp. Cap. 207. Sächs. Landr. B. 2, Art. 42. Richtst. Landr. Cap. 13, Z. 22 (Ausg. von Unger).

472) Sächs. Landr. B. 3, Art. 83, §. 2. B. 2, Art. 42, §. 2. B. 1, Art. 9, §. 5. Planck, in der Zeitschrift Bd. X, S. 287.

473) S. aber dagegen Delbrück, die dingliche Klage des teutschen Rechtes S. 53 flg.

kere Gewere darstellen, insonderheit über den Erwerb der Sache Aufschluß giebt. Er kann dazu durch verschiedene Gründe bestimmt werden. Zunächst kann es lediglich zur Bekräftigung des behaupteten Eigenthums geschehen, ohne daß eine rechtliche Nothwendigkeit dazu vorläge, wie ja stets die Parteien oft mehr vorbringen, als juristisch verlangt wird. Hierher ist z. B. das sächs. Weichbild Art. 88 zu zählen, wo der Kläger sagt, er habe das Pferd von frommen Leuten auf dem Markte gekauft. Denn da ein solches Vorbringen den Beklagten nicht gegen die Herausgabe der Sache schützt, so ist nicht abzusehen, wie es dem Kläger helfen sollte. Das Beweisrecht wird ihm durch die Behauptung früheren Besitzes, welche in der Angabe der Art des Erwerbes mit enthalten ist. Sodann kann aber auch der Kläger hierzu schreiten, um sich der stärkeren Gewere des Beklagten gegenüber dennoch das Beweisrecht zu verschaffen. So behauptet im Richtst. Cap. 17 der Beklagte, er habe das streitige Gewand selbst machen lassen; Kläger aber erwidert, die Wolle, aus welcher es gemacht worden, sei ihm gestohlen. Durch diese Replik verschafft sich der Kläger das Beweisrecht und es handelt sich weiter nur darum, ob der Kläger den Beklagten wegen seiner Anforderungen zu entschädigen habe[474]). Ebenso wird es dem Kläger zum Vortheile gereicht haben, wenn er, nachdem der Beklagte das Aufziehen des Viehes in seinem Stalle behauptet, das Eigenthum des Mutterthieres in Anspruch nehmen kann[475]). Nicht anders steht es mit Grundstücken. Im Richtsteig Cap. 26 sagt der Kläger erst dann, er habe das Gut ererbt, nachdem der Beklagte behauptet, er habe es gekauft. Der Kläger kann aber auch Gründe haben, derartige Behauptungen, z. B. daß er die rechte Gewere erworben und später den Besitz verloren habe, zu anticipiren. Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich auch die wenigen Stellen, welche davon sprechen, daß auch der Kläger seinen Geweren zu stellen habe, während dies doch sonst nur vom Beklagten gesagt wird, worauf Bruns[476]) so viel Gewicht legt[477]). Zunächst ist zu bemerken, daß

474) Vgl. Lex Baioar. XV. 11.: ex propria mea materia laboraverunt.

475) Lex Baioar. XVII. 2.: enutrivi illum de proprio meo mancipio natum: similiter de iumentis. Freising. Rechtsb. (Westenr §. 79 d. Maurer, II, 35, Anm. 2, S. 273): „und hat auch (der cläger) die des viehes mueter do die lebentig ist des sol er genießen.“ Ein anderes Beispiel gewährt das alte Lüb. Recht Cod. II. a. 82. (Hoch). Der Kläger behauptet, das streitige Pferd sei ihm gestohlen, er habe es in seinem Stalle aufgezogen. Dieser letzteren Behauptung bedarf es an sich nicht; die Voraussetzung des Falles ist in dieser Weise aufgestellt worden, weil der Beklagte die Sache an die dritte Hand zieht, der dritte Gewere aber ebenfalls das Pferd aufgezogen haben will. Der Beklagte siegt nun vermöge seiner jüngeren Gewere. Der Artikel bezweckte die Feststellung dieses Ergebnisses und deshalb wird der Fall so gedacht, daß der Kläger auch eine stärkere Gewere anspricht, was sonst nicht der Fall ist. Vgl. Cod. II. 157. und Cod. III. 397.

476) Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 320 flg.

477) Sächs. Landr. B. 2, Art. 42. Schwabensp. Cap. 207. Andere Stellen citirt Delbrück, die dingliche Klage S. 36, N. 10.

der Sachsenspiegel nur vom Lehn und von der Gewerschaft des Lehnsherrn spricht, der Schwabenspiegel aber, obgleich er dabei auch das Eigen berührt, doch auch den Fall des Lehns als Hauptfall behandelt und daß es denn doch mit dem Beweise des Lehns oder Zinsgutes u. dergl. eine besondere Bewandniß hat[478]). Dann war es aber möglich, daß auch der Kläger bei dem Processe um Eigen in die Lage kam, seinen Gewerен stellen zu müssen. Hat nämlich der Kläger zuerst älteren Besitz angesprochen, der Beklagte aber einen Gewerен benannt und dieser wieder älteren Besitz als der Kläger behauptet, so mußte sich der Kläger ebenfalls seinerseits auf den Gewerен ziehen, um den älteren Besitz seines Vorbesitzers darzuthun, weil, wie es im Schwabenspiegel heißt, die Gewerен mit einander rechten sollen. Wären nur diese Stellen vorhanden, so wäre es gewagt, Voraussetzungen, welche nicht ausgesprochen sind, hineinzulegen; bei dem Dasein vieler anderer sicherer Stellen, welche das Ziehen auf den Gewerен nur in Verbindung mit dem Beklagten bringen, sind jene Stellen entweder einschränkend, wie geschehen, zu erklären oder man muß ihnen jede Bedeutung für das Landrecht absprechen.

4) Vorzug der jüngeren Gewere. Wenn beide Theile das Eigenthum mit gleich gutem Grunde ansprechen, so ist der gegenwärtige Besitzer im Vortheil. Der Vorzug des Beklagten um seines jetzigen Besitzes willen tritt also nach germanischer Rechtsansicht erst als letztes Auskunftsmittel ein und scheint selbst hier nicht ausschließlich gegolten zu haben, da gerade für diesen Fall andere Entscheidungsnormen vorkommen, wie die Mehrzahl von Zeugen, Theilung des streitigen Gutes und Gottesurtheil[479]). Umgekehrt geht die herrschende Meinung dahin, daß das Beweisrecht des Beklagten die Grundregel gebildet habe und alles Andere als Ausnahme anzusehen sei[480]). Allerdings enthält diese Regel der herrschenden Meinung folgendes Wahre: kann der Kläger überhaupt keinen Besitz auf seiner Seite behaupten, so siegt der Beklagte als Besitzer; stehen aber ein ehemaliger und ein gegenwärtiger Besitzer sich gegenüber, so kann die Regel nicht entscheiden, indem sie für Beide spricht. Nun kommen concretere Grundsätze zur Anwendung; die Regel tritt erst dann wieder in Kraft, wenn beide Theile eine gleich starke Gewere ansprechen. Die herrschende Meinung ist darin unrichtig, daß sie jene Regel auch dann gelten lassen will, wenn ein ehemaliger und ein gegenwärtiger Besitzer mit einander streiten und die Gewere Beider eine ungleiche ist. Zum Beweise der Regel hat sich Bruns zunächst

478) Planck, in der Zeitschrift Bd. X, S. 281, 285. Homeyer, System des Lehnrechtes der sächs. Rechtsbücher §. 77 flg.

479) Sächs. Landr. B. 3, Art. 21. Richtst. Landr. Cap. 26. Sächs. Lehnr. Cap. 40. Schwäb. Lehnr. Cap. 73. Kl. Kaiserr. II, 108. Rechtsb. nach Dist. I, 33, dist. 2.

480) Albrecht, Doctr. de probat. P. I. II. Bruns, das Recht des Besitzes S. 287, 305, 306. Homeyer, des Sachsenspiegels zweiter Theil Bd. 2, S. 618. Planck, in der Zeitschrift S. 233, 269. Budde, de vindicatione rerum mobilium germanica §. 11.

auf das nordische Recht berufen. In den Gesetzen Arthelred's III. 10 z. E. wird allerdings ausgesprochen: Eignung ist dem näher, der hat, als dem, der anspricht[481]). Betrachtet man den Zusammenhang näher, so sind die Bedingungen des Falles: 1) der Beklagte zieht die Sache an die dritte Hand (das Capitel führt die Ueberschrift, von Gewährschaften); 2) der Gewere kann seinerseits einen weiteren Geweren nicht stellen. Dies ist nun gerade der Fall, für welchen sich auch in den teutschen mittelalterlichen Quellen eigenthümliche Beschränkungen finden[482]), und im Anfange des Capitels wird berichtet, daß man früher das Zugrecht auf drei Züge beschränkt, später aber beschlossen habe, nicht eher aufzuhören, als bis der Zug stillsteht. Der Ausspruch hat also keine fundamentale Bedeutung; er bezieht sich auf ganz specielle Voraussetzungen. Dasselbe Gesetzbuch hat aber auch diesen Ausspruch nicht angewendet, wo es ihn anwenden müßte, wenn er allgemeine Geltung hätte. Im Cap. 9 wird der Fall gesetzt, daß der Kläger die Sache als verlorene anspricht, der Beklagte aber behauptet, sie von einem Anderen erworben zu haben. Hier müßte gewiß der Beklagte vorgehen; im Gegentheil aber soll der Beklagte den Geweren benennen und man soll kommen an den, wo es zuerst angetroffen wurde. Man hat ferner sich auf Stellen des älteren teutschen Rechtes berufen, wo es heißt, derjenige, welcher die Sache in Geweren habe, sei näher, sie zu behalten, als der Kläger. In diesen Stellen bezeichnen aber die Worte: „der es in Geweren hat" nicht den Grund der Entscheidung, sondern nur in umschreibender Weise den Beklagten; der Grund des Vorzuges ist concreter Natur[483]). Wäre jene Meinung richtig, so blieben die Stellen, welche, wenn beide Theile das Gut mit gleicher Ansprache ansprechen, Theilung u. s. w. anordnen (vgl. Note 479), unverständlich, da eine gleiche Ansprache nie möglich ist, wenn die des Beklagten besser ist. Auf dem hier angenommenen Standpunkte dagegen ist eine gleiche Ansprache sehr wohl möglich: 1) beide Theile behaupten rechte Gewere; die jüngere, d. h. die gegenwärtige geht vor[484]); 2) beide Theile behaupten Inzucht: der gegenwärtige Besitzer geht vor[485]); 3) beide Theile sprechen gleich alten Besitz an: der gegenwärtige Besitzer geht vor[486]).

481) Die Stelle lautet vollständig: „Auch während des Zugs, wenn jemand zugreift und auf niemand weiter aussagt, sondern das Eigenthum in Anspruch nimmt, soll man ihm das nicht wehren, wenn gute Zeugen es ihm als Eigenthum zuerkennen, denn Eignung ist dem näher, der hat, als dem, der anspricht." Vgl. Schmid, die Gesetze der Angelsachsen S. 117.

482) Vgl. Delbrück, die dingl. Klage §. 8, N. 5, S. 54. Die einschlagenden Stellen der Quellen sind: Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 5. Brünner Schöffenbuch 98 und Beil. Nr. 228. Alt. Lüb. Recht III, Art. 334.

483) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 3 und Richtst. Cap. 17. — Richtst. Cap. 21. — Richtst. Lehnr. Cap. 29. — Sächs. Landr. B. 3, Art. 4, §. 1.

484) Albrecht, Gewere §. 13.

485) Alt. Lüb. Recht Cod. II. 82.

486) Schöffenurtheil bei Böhme, diplom. Beitr. Th. VI, S. 152. Sächs. Landr. B. 1, Art. 20, §. 4. Vgl. Delbrück, in der Zeitschr. f. teutsches Recht

5) Berufung auf Erbschaft. Die hier aufzustellende Grundregel ist, daß Beerbung an sich kein Beweisrecht giebt und daß sie nur insofern wichtig ist, als die Behauptung des Erwerbes durch Erbschaft die Behauptung einer älteren Gewere enthält. Zunächst giebt es Stellen, welche die Regel, daß Ererbung kein Beweisrecht giebt, bestätigen[487]. Dagegen giebt es umgekehrt Stellen, welche der Partei, die Erbgut anspricht, das Beweisrecht geben[488]. Die Auflösung dieses anscheinenden Widerspruches liegt darin, daß nach der Regel: „die ältere Gewere geht vor" der Kläger vorgehen muß, wenn das Ansprechen eines Gutes als Erbgut zugleich die Behauptung älteren Besitzes in sich schließt, wobei zu beachten ist, daß die Parteien schon ihrer Gezeugen wegen, welchen sie die Ueberzeugung von der Gerechtigkeit ihrer Sache beizubringen hatten, in ihrem Anführen gewiß möglichst ausführlich waren und die Zeit des Erbfalles erwähnten, woraus dann leicht zu ermessen war, ob der Kläger wirklich älteren Besitz behauptet. Dagegen geben das in Note 487 angeführte Capitulare und das eben dort angezogene kleine Kaiserrecht ausdrücklich den Fall so, daß die Erbschaft jünger ist als der Besitz des Klägers. Es ist daher ganz in der Ordnung, daß dort dem Erbfalle selbst keine Bedeutung beigelegt wird. In den anderen Stellen aber, welche dem Erben das Beweisrecht geben, erhellt von einer solchen Voraussetzung nichts. Wenn diese Ansicht richtig ist, so müssen gegen die Ansprache aus Erbschaft alle diejenigen Einreden zulässig sein, welche gegen die Ansprache aus älterem Besitze überhaupt zulässig sind; dies bestätigt sich auch in der That; insonderheit geht der Beklagte vor, wenn er rechte Gewere behaupten kann[489]. Vorzüglich wichtig ist, daß der Beklagte auch gegen die Ansprache des Erben sich auf den Geweren ziehen kann, ebenso wie gegen die einfache Ansprache. Der Satz: erst egen mut ok en man beholden den en ander gekost egen oder gegeven[490],

---

Bd. XIV, S. 237 flg. Ueber die gedachte Stelle des Sachsenspiegels ist viel verhandelt worden. Siehe Albrecht, de probat. P. II. p. 14. Gewere S. 22 u. 260, N. 728. Planck, in der angef. Zeitschrift Bd. X, S. 268 flg. Gerber, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XI, S. 8.

487) Hierher gehört das bereits angeführte Capitulare Karl's II. v. 873 (vgl. N. 458), in welchem es weiter heißt, daß der Einwand der Ererbung gegen die Klage aus älterem Besitze nicht schütze. Das teutsche Recht des Mittelalters ist davon nicht zurückgetreten, wie unter anderen sich aus dem kleinen Kaiserrechte II, 104 ergiebt. Vgl. sächs. Landr. B. 2, Art. 44, §. 2. Auch Albrecht, Gewere 106 flg. nimmt an, daß die Gewere des Erben immer nur die des Erblassers ist, und beschränkt die Wirksamkeit der durch Erbfolge begründeten rechten Gewere auf den Ausschluß des näheren gesetzlichen Erben.

488) Nach der Lex Baioar. XV. 11. genügt die Behauptung: pater meus reliquit mihi in hereditatem. Cf. 16. 1. u. 17. 2. Ebenso im teutschen Rechte des Mittelalters: Sächs. Landr. B. 1, Art. 15, §. 1. Goslar. Stat. S. 25, Z. 40. S. 28, Z. 7—10. S. 26, Z. 1—4.

489) Brem. Stat. II, 5. Verden. Stat. 102. (Pufendorf, Obs. iur. univ. App. T. II. p. 72. u. T. I. p. 110.) Freib. Stat. I, 23.

490) Sächs. Landr. B. 2, Art. 43, §. 2. Richtst. Cap. 26. Rechtsb. nach Distinct. I, 33, dist. 3. Weichbild (Daniels) 61. Schwabensp. Cap. 208.

steht diesem Zugrechte nicht entgegen, bestätigt es vielmehr [491]). Das Erbeigen geht nämlich nur dann vor, wenn der Beklagte zwar Kauf behauptet, aber den Geweren nicht stellen kann oder von ihm nicht gewert wird. Uebernimmt der Gewere den Proceß, so entscheiden die allgemeinen Regeln [492]). — Ganz in Uebereinstimmung mit dem aufgestellten Hauptgrundsatze ist es, daß das Berufen des Klägers auf Erbschaft gleichgiltig ist, wenn der Beklagte sein Recht von demselben Erblasser ableitet [493]). Bisher ist von dem Falle die Rede gewesen, wo der Kläger Erbgut anspricht. Ist es der Beklagte, welcher sich darauf stützt, so kommt die an die Spitze gestellte Regel ebenfalls zur Anwendung, d. h. der Beklagte ist nur dann näher zum Eide, wenn sein oder seines Erblassers Besitz alsdann als der ältere erscheint; die Behauptung, daß er die Sache ererbt habe und daß sein Erblasser Eigenthümer gewesen sei, schützt ihn an sich ebensowenig wie die Behauptung, daß er selbst Eigenthümer sei. Die Zulässigkeit der Vertheidigung durch Berufung auf Erbschaft ergiebt sich aus dem Richtsteig Cap. 11 und zwar in Bezug auf fahrende Habe. Dagegen gedenkt der Sachsenspiegel da, wo er von der Vertheidigung in Betreff beweglicher Sachen handelt [494]), der Erbschaft nicht. Diese Auslassung, auf welche schon die Glosse hingewiesen hat, erklärt sich einfach daraus, daß eben Erbschaft im Grunde kein selbstständiges Vertheidigungsmittel ist, sondern daß auch in diesem Falle sich die Sache nach allgemeinen Grundsätzen entscheidet [495]). Auf der anderen Seite lehren beide Rechtsbücher übereinstimmend [496]), daß der Beklagte in einer Klage aus einem Leihvertrage, welchen er in Abrede stellt, näher zum Eide ist, wenn er „sin erve gut dar an getügen" oder sagen kann: das es seins vorfarenn gewest wer und ihm angeerbt, d. h. wenn er behaupten kann, daß sein Erblasser zur Zeit des angeblichen Leihvertrages die Sache bereits besessen habe. Wenn endlich beide Theile zu Erbschaft greifen, so wird nach dem in dem Falle, wenn beide Theile das Eigenthum mit gleich gutem Grunde ansprechen, begründeten Vorzuge der jüngeren Gewere in der Regel der Beklagte siegen [497]). Dieser Vorzug des Besitzers greift aber natürlich nur dann Platz, wenn nicht etwa der Besitz der Vorfahren des einen Theiles als der ältere erscheint [498]).

491) Vgl. Delbrück, in der Zeitschrift Bd. XIV, S. 229 flg.

492) Vgl. außer den in der in der vorigen Note angeführten Abhandlung angezogenen Stellen besonders das alte Magdeburg. Recht Cod. v. 1304 Art. 35. bei Gaupp, das alte Magdeburg. u. Hallische Recht S. 283.

493) Schlef. Schöffenurtheil bei Böhme, Beitr. zum schlef. R. VI, 152. Vgl. dazu Delbrück, in der Zeitschrift Bd. XIV, S. 237.

494) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36.

495) Vgl. Delbrück a. a. O. S. 234, 235.

496) Sächs. Landr. B. 1, Art. 15, §. 1. Richtst. Cap. 16.

497) Hierher gehört Lex Baioar. XVII. 2.

498) Dadurch erklärt Delbrück, die dingl. Klage S. 64 flg. eine Urkunde von 1325 bei Schattel, de singul. quibusd. et antiquis in Germania iuribus (1671.) p. 142—144. und berichtigt die in der Zeitschrift Bd. XIV, S. 240 flg. von ihm gegebene Erklärung.

CC. Die juristische Gewere. Die verschiedenen in den teutschrechtlichen Quellen vorkommenden Bedeutungen des Wortes Gewere, lassen sich im wesentlichen auf fünf zurückführen[499]): 1) factischer Besitz, die körperliche Detention, ohne Rücksicht auf Absicht und Rechtsgrund. In diesem Sinne wird nicht nur dem Verwalter[500]), sondern auch dem Diebe und Räuber, überhaupt dem unrechtmäßigen Besitzer[501]), eine Gewere zugeschrieben. Daher wird häufig die Person des Beklagten so umschrieben: der, welcher die Sache in Geweren hat[502]). Nicht selten wird aber auch zur Bezeichnung des factischen Besitzes mit Vermeidung des Wortes Gewere gesagt: eine Sache unter sich haben[503]), eine Sache unter einem Anderen beweisen[504]). Gewere bedeutet 2) das Verhältniß desjenigen, dessen Besitz einen gewissen Anfang genommen und eine gewisse Zeit hindurch gedauert hat: rechte Gewere; 3) das Verhältniß desjenigen, welcher gegenwärtig nicht besitzt, aber mit dem Besitze nicht das Beweisrecht, welches der Besitz gewährt, eingebüßt hat: juristische Gewere, wie sie von Albrecht genannt wird[505]); 4) den Beweisvorzug, das Beweisrecht selbst[506]). Dieser Sprachgebrauch erklärt sich in folgender Weise. Die Gewere in ihren verschiedenen Abstufungen ist die Grundlage des Beweisvorzuges; ohne Gewere in der einen oder anderen Art kann niemand sein Eigenthum behaupten, sie ist die nothwendige Bedingung zur Erlangung des Rechtes zur Beweisführung. Die Wirkung der Gewere erschien wegen ihrer Wichtigkeit und wegen ihres häufigen Hervortretens gleichsam als die einzige, jedenfalls als die bedeutsamste, und es ist sprachlich ganz erklärlich, daß dasselbe Wort, welches die Ursache bedeutet, auch zur Bezeichnung der

---

499) S. Delbrück, in der Zeitschrift Bd. XIV, S. 252—259, wo die verschiedenen Bedeutungen umständlicher erörtert sind.

500) Sächs. Lehnr. Cap. 62, §. 7.

501) Sächs. Landr. B. 2, Art. 24, §. 1. Art. 25, §. 1. Art. 35. Schwabensp. 191b, 76, II. Sächs. Lehnr. Cap. 14, §. 1, 9. Cap. 59, §. 1. Cap. 60, §. 1. Rechtsb. nach Distinct. I, 32, d. 1. 4. d. 28. 46. d. 9.

502) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 3. Richtst. Landr. Cap. 17, 21. Richtst. Lehnr. Cap. 29.

503) Alt. Lüb. Recht Cod. II. 94. Richtst. Landr. Cap. 11, Anf. Rechtsb. nach Distinct. I, 20. d. 1.

504) Sächs. Landr. B. 1, Art. 15, §. 2.

505) Der Beweis, daß demjenigen Gewere zugeschrieben wird, welcher den Besitz verloren hat, liegt im schwäb. Landr. Cap. 96: „Swem man sinn gewer mit gewalt nimt, der verlieset weder gewer noch lehen." Ebenso Cap. 77. Auch wird häufig vom Sieger im Processe gesagt, er solle die Sache „behalten". Dies fällt nicht auf, wenn es vom Beklagten, welcher bereits im Besitze ist, gesagt wird, wohl aber, wenn es vom Kläger gesagt wird; denn „behalten" kann man nur, was man schon hat. Sächs. Landr. B. 1, Art. 15, §. 1. B. 2, Art. 36, §. 4. Richtst. Landr. Cap. 13 a. E. Cap. 16 a. E. Alt. Lüb. Recht Art. 157. Dieser eigenthümliche Sprachgebrauch beruht auf der Vorstellung, daß der unfreiwillige Verlust des Besitzes gewissermaßen gar kein Verlust des Besitzes sei.

506) Richtst. Lehnr. Cap. 15, §. 8 (Homeyer S. 616). Cap. 29, §. 2, 3. Richtst. Landr. (Ludovici) Cap. 16. (Unger) Cap. 26.

Hauptwirkung gebraucht wurde. Gewere heißt nun freilich nicht schlechthin Beweisvorzug, wohl aber bedeutet es den auf der Gewere beruhenden Beweisvorzug. Hierher gehören diejenigen Stellen, in welchen vom Brechen der Gewere die Rede ist[507]; ferner die Stellen, in welchen gesagt wird, daß beide Theile eine Sache mit gleicher Gewere ansprechen[508]. In anderen Stellen wird dafür auch gesagt: mit gleicher Ansprache ansprechen[509]. Gewere bedeutet endlich 5) Eigenthum oder Recht im allgemeinen. Wenn es nämlich gewiß ist, daß Gewere das Recht zur Beweisführung erzeugt und dieses wieder die Zuerkennung des Rechtes im Eigenthumsprocesse zur Folge hat, so steht sprachlich nichts entgegen, durch das Wort: Gewere das zu bezeichnen, was die Gewere durch Vermittelung des Beweisvorzuges wirkte[510]. Die Grundbedeutung des Wortes: Gewere, aus welcher alle übrigen sich ableiten lassen, ist die des factischen Besitzes. Die Vorstellung, welche diese Ableitung vermittelt, ist die, daß der factische Besitz einen Rechtsschutz gewährt. Dieser Schutz ist selbst für den unrechtmäßigen Besitzer wirksam; auch dieser soll nicht eigenmächtig vertrieben, es soll ihm zuvörderst die Gewere gebrochen werden[511]. Gesteigert ist dieser Rechtsschutz in der rechten Gewere, welche nur von demjenigen gebrochen werden kann, welcher zu rechter Zeit Widerspruch erhoben hat oder durch

---

507) Vgl. z. B. sächs. Landr. B. 1, Cap. 9, §. 5, besonders B. 2, Art. 24, §. 1. Sächs. Lehnr. Cap. 26, §. 9. Im Vordersatze heißt gewere: Besitz, im Nachsatze: Beweisvorzug; es ist also zu übersetzen: man soll niemanden aus seinen Geweren weisen, man breche ihm denn das darauf gegründete Recht zur Beweisführung. Beide Bedeutungen sind so nahe verwandt, daß im Nachsatze die andere Bedeutung stillschweigend gedacht wird und es der Wiederholung des Wortes nicht bedarf.

508) Sächs. Landr. B. 2, Art. 43, §. 1. Rechtsb. nach Distinct. I, 33, d. 2. Sächs. Lehnr. Cap. 40, §. 1. Richtst. Lehnr. Cap. 29, §. 3. Die Voraussetzung ist nicht dabei, daß beide Theile gegenwärtigen Besitz behaupten, sondern die, daß beide das Recht zur Beweisführung mit gleich gutem Grunde ansprechen.

509) Sächs. Landr. B. 3, Art. 21, §. 1. Rechtsb. nach Distinct. I, 33, d. 5.

510) Den Uebergang zu diesem Sprachgebrauche deutet theils die unter Nr. 4. angegebene Bedeutung, theils einige Stellen an, welche gewissermaßen die verschiedenen Stufen der Entwickelung desselben darstellen. Das sächs. Lehnr. Cap. 62, §. 1 sagt: „Nieman ne mach sime herren gut mit der gewere untvören des ammechtmann he is“ (Schwäb. Lehnr. Cap. 110). Dabei liegt augenscheinlich der Gedanke zu Grunde, daß im allgemeinen der Besitz die Stelle des Rechtes auf processualischem Wege zu vertreten vermöge; nur in Ansehung des Verwalters wird eine Ausnahme gemacht. Einen Schritt weiter gehen einige Stellen, welche das Wort: Gewere in eigentlicher Zusammenstellung mit anderen Ausdrücken bringen. Sächs. Landr. B. 2, Art. 18, §. 2. B. 3, Art. 88, §. 5. Hieran schließen sich die Stellen, in welchen Gewere geradezu Eigenthum oder Recht überhaupt bedeutet. Sächs. Landr. B. 3, Art. 82, §. 2. Rechtsb. nach Distinct. I, 38, d. 1. Weichbild (Daniels) 31. — Sächs. Landr. B. 2, Art. 44, §. 3. Rechtsb. nach Distinct. I, 33, d. 3. 46. d. 11. Goslar. Stat. S. 28, Z. 18, 19.

511) Sächs. Landr. B. 2, Art. 24, §. 1. Art. 70. Sächs. Lehnr. Cap. 38, §. 4. Rechtsb. nach Distinct. I, 32, d. 1. 46. d. 9. Schwabensp. Landr. Cap. 191. Lehnr. Cap. 68.

Unmündigkeit, Abwesenheit oder echte Noth daran verhindert gewesen ist. Schwieriger wird jene Ableitung für die anderen drei Bedeutungen, von welchen hauptsächlich die von Albrecht sogenannte juristische Gewere in Betracht kommt. Die Quellen schreiben hier demjenigen eine Gewere zu, welcher nicht besitzt. Die Hauptfälle dieser juristischen Gewere sind: 1) die Gewere des ehemaligen Besitzers, welcher den Besitz ohne seinen Willen verloren hat; 2) die Gewere des Erben, welcher noch nicht Besitz ergriffen hat, an den Gegenständen der Erbschaft. Gewere in diesem Sinne ist nicht die rechte Gewere, aber auch nicht reine Thatsache; sie ist Thatsache mit einer Beimischung von Recht und diese Beimischung ist der dunkele Punkt in dieser Lehre. Der Begriff der juristischen Gewere hat etwas Mystisches, was sich unserer Rechtslogik völlig zu entziehen scheint. Am einfachsten könnte das Problem zunächst dadurch gelöst werden, daß Gewere hier gar nicht Besitz heißt, sondern Eigenthum, dieses Wort in seiner weitesten Bedeutung genommen. Diese Deutung ist aber nach den Quellen entschieden nicht zulässig. Denn sie kennen neben der juristischen Gewere die rechte Gewere und selbst diese, obwohl sie dem Eigenthum viel näher steht, entspricht diesem Begriffe nicht völlig. Außerdem heben die Quellen selbst ausdrücklich hervor, daß Eigenthum und juristische Gewere etwas Verschiedenes sind[512]). Nach den in der Note angeführten Stellen erbt nicht blos das Recht des Vaters, sondern auch seine Gewere auf den Sohn und der Entsetzte behält nicht blos sein Recht, sondern auch seine Gewere. Diesen Erklärungsversuch muß man daher völlig aufgeben. Albrecht schlägt einen eigenthümlichen Weg ein; er sucht ein Rechtsverhältniß zu construiren, welches weder Besitz, noch Eigenthum ist; dieses, das Recht zur Vertheidigung einer Sache, ist ihm die Gewere, und sie bildet die Grundlage des germanischen Sachenrechtes, insbesondre den Grund der dinglichen Klage. Allein dieser Versuch, Methode in die Mystik des Begriffes zu bringen, scheitert entschieden daran, daß jedes dingliche Recht, welches nach bestimmten Regeln entsteht und untergeht, an sich absoluter Natur ist, während die Gewere eine relative Construction hat, und daß die dingliche Klage auf dem Eigenthum, nicht auf der Gewere, beruhte. Das Problem läßt sich allein nur auf processualischem Wege lösen. Die beiden hervorgehobenen Hauptfälle der juristischen Gewere sind zugleich diejenigen, welche im Beweisrechte eine so große Rolle spielen. Von diesem Punkte aus eröffnet sich das Verständniß. Der Rechtsschutz des Eigenthums beruht auf dem Beweisrechte, das Beweisrecht beruht auf der Gewere; es ist also natürlich, daß das Wort, welches die Ursache bezeichnet, auch zur Bezeichnung der Wirkung gebraucht wird. Gewere ist der Rechtsschutz, welchen man durch die Gewere hat. Dieser Rechtsschutz ist besonders dann wichtig, wenn der Eigenthümer nicht im Besitze der Sache sich befindet, wenn er diesen Besitz erlangen will. So

512) Sächs. Lehnr. Cap. 6, §. 1. Cap. 26, §. 9. Schwäb. Lehnr. Cap. 96.

gelangt man auf einfachem Wege dazu, auch dem Nichtbesitzer eine Gewere zuzuschreiben[513]). Wer den auf der Gewere beruhenden Rechtsschutz hat, hat insoweit die Gewere selbst. — Es sind nun die beiden erwähnten Hauptfälle der juristischen Gewere näher zu betrachten. 1) Wer den Besitz der Sache wider Willen verloren hat, behält die juristische Gewere. Dieser Satz ist identisch mit dem anderen Satze: wer den Besitz wider Willen verloren hat, ist näher zum Eide als der gegenwärtige Besitzer. Beide Sätze bedürfen aber noch einer Erweiterung. Hinsichtlich unbeweglicher Sachen ist es nicht nothwendig, daß der Kläger eine bestimmte Art des Verlustes angiebt; der ältere Besitz, als solcher, verleiht ihm das Beweisrecht. Es ist dabei freilich vorauszusetzen, daß er nicht veräußert hat; denn hat der Kläger veräußert, so gebührt dem Beklagten oder dessen Vorbesitzer das Beweisrecht. Dieselbe Erweiterung findet sich auch auf dem Gebiete der Gewere in dem Satze, daß die ältere Gewere vor der jüngeren den Vorzug hat. 2) Wer den Besitz seines Erblassers behaupten kann, ist näher zum Eide als der jetzige Besitzer. Dieser Satz ist identisch mit dem anderen Satze, daß der Vater die Gewere auf den Sohn erbt oder, allgemeiner ausgedrückt, daß der Todte den Lebendigen erbt, soweit hierbei an den Uebergang der Gewere gedacht wird. Es ist nicht erweislich, daß das ältere Recht hiermit den Uebergang des Besitzes im thatsächlichen Sinne gemeint hat. Die Eigenthümlichkeit des Rechtssatzes liegt darin, daß derjenige, welcher sich zum Schutze seines Eigenthums auf älteren Besitz beruft, nicht selbst besessen zu haben braucht, sondern es genügt, wenn nur sein Erblasser besessen hat. So ist denn im Grunde auch die juristische Gewere nichts als thatsächlicher Besitz, aber ehemaliger Besitz, sei es eigener oder ehemaliger Besitz des Erblassers. Diese Thatsache ist aber processualisch von solcher Bedeutung, daß sie das Recht vertreten kann. Dasjenige Element also, welches der Gewere rechtliche Natur gewährt, ist ein processualisches und läßt sich in der Betrachtung vollständig von dem materiellen Rechte ablösen. Nur dadurch, daß der Sprachgebrauch das, was die Gewere ist, und das, was sie wirkt, vollständig mit einander verbunden und verschmolzen hat, entsteht jenes eigenthümliche Doppelwesen, welches weder Recht noch Thatsache und doch wieder beides zugleich ist, und in dessen Natur so schwer einzubringen ist, weil die Verschmelzung so innig ist, daß sich im einzelnen Falle oft nicht sagen läßt, ob Gewere die reine Thatsache des Besitzes oder die erste Wirkung derselben, das Beweisrecht, oder weiter das Verhältniß desjenigen, welchem um seines ehemaligen Besitzes willen das Beweisrecht zukommt, oder endlich die letzte Wirkung, das zu erweisende Recht selbst ausdrücken soll.

DD. Die juristische Natur der dinglichen Klage. 1) Eigenthum des Klägers. Der rechtliche Grund der Klage

---

513) Eine verwandte Anschauung findet sich schon bei den Römern. Vgl. L. 17. pr. D. 41. 2.

ist das Eigenthum des Klägers. Insoweit stimmt das germanische Recht mit dem römischen überein. Weit größer aber als die Uebereinstimmung ist die Verschiedenheit. Sie zeigt sich zunächst darin, daß der Kläger nicht den Erwerb des Eigenthums darthut, sondern sein Eigenthum beschwört und seine und der Mitschwörenden Ueberzeugung an die Stelle eines Erwerbsactes treten. Eine zweite Verschiedenheit ist, daß auch der Beklagte, wenn ihm das Beweisrecht zuerkannt wird, einen Eid leisten muß, im wesentlichen denselben Eid, nämlich daß die Sache sein sei, daß er also nicht ohne den Beweis des Eigenthums, im germanischen Sinne, entbunden wird. Deshalb werden auch die Parteirollen im Ausdrucke so wenig unterschieden und es werden dieselben Wendungen von einem wie vom anderen Theile gebraucht. Vom Beklagten so gut wie vom Kläger heißt es: vindicare[514]), ansprechen[515]), abgewinnen[516]), behalten[517]). Diese Eidestheorie ergiebt endlich noch, daß ein directer Gegenbeweis nicht möglich ist[518]), sowie daß der Grund des Besitzes an sich zur Begründung der Klage nicht nöthig ist. Was sich über Angabe des Besitztitels in den Quellen findet, bezieht sich nicht auf den Klaggrund, sondern auf Gewinnung des Beweisrechtes, und deshalb ist denn auch der Eid der Partei lediglich auf die Existenz des Eigenthums gerichtet. Hinsichtlich der beweglichen Sachen ist dies unzweifelhaft. Der Eidessatz wird wiederholt dahin angegeben, der zum Eide zugelassene Theil solle schwören: daß die Sache sein sei, oder: daß die Sache zu der Zeit, da sie ihm gestohlen oder geraubt worden, sein gewesen sei und noch sei, zuweilen mit dem Zusatze: daß er ihrer seit dieser Zeit nicht wieder ansichtig geworden sei[519]). Bei unbeweglichen Sachen findet sich der Wortlaut des Eides seltener in den Quellen; doch giebt es Belege dafür, daß auch hier der Eid sich ganz allgemein auf das Recht des Schwörenden bezieht[520]). In gewissen Fällen aber geht der Eid allerdings nicht sowohl im allgemeinen auf das Recht als auf diejenigen Thatsachen, welche das Beweisrecht gegeben haben. Dies geschieht namentlich im Falle der rechten Gewere[521]). Darin liegt schon

---

514) Bruns, das Recht des Besitzes S. 287.

515) Sächs. Landr. B. 2, Art. 43, §. 1. Rechtsb. nach Distinct. I, 33, d. 2. Sächs. Lehnr. Cap. 40, §. 1. Richtst. Lehnr. Cap. 29, §. 3.

516) Richtst. Landr. Cap. 16, S. 29, Z. 13 u. 18 (Unger).

517) Alt. Lüb. Recht II, Art. 157. Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 4. B. 3. Art. 21.

518) Planck, Beweisurtheil S. 45, 47, 69, 70. Gegenbeweis durch Augenschein wird zugelassen im Brünner Schöffenbuch Nr. 100.

519) Schwabensp. Cap. 57. — Rechtsb. nach Distinct. I, 33, d. 5. 43. d. 3. IV. 42. d. 3. 25. — Sächs. Weichb. (Daniels) Art. 102, §. 1. Art. 101, al. 39 u. 133. — Hamb. Stat. XII, 5. — Goslar. Stat. S. 98, Z. 20. — Revid. Lüb. Recht IV, 1, Art. 3. Weitere Nachweisungen giebt Bruns a. a. O. S. 313, 314.

520) Goslar. Stat. S. 26, Z. 1—4. Rechtsb. nach Distinct. I, 43, d. 4. (Goslar. Stat. S. 25, Z. 40.)

521) Planck, in der Zeitschrift Bd. X, S. 278—280.

ein Uebergang zum späteren Processe. Jene Thatsachen sind nun nicht blos Grund des Beweisrechtes, sondern auch zugleich Grund der Klage oder Einrede, womit sich der ältere teutsche Proceß der römischen Anschauung und dem modernen Processe nähert. Daher werden gegen denjenigen, welcher sich auf rechte Gewere stützt, Einreden zugelassen, welche an das Gebiet des directen Gegenbeweises streifen, nämlich daß der Gegner zu rechter Zeit Widersprache erhoben habe oder durch echte Noth an der Klage gehindert sei [522]. Soweit nun das Eigenthum Klaggrund ist, soweit hat die dingliche Klage des germanischen Rechtes einen absoluten Charakter mit freilich nur subjectiver Grundlage. Da aber der eigentliche Kampf sich um die Frage drehte, wem der Eid, d. h. das Beweisrecht, gebühre, so ergiebt sich hieraus das Princip der Relativität, welches den germanischen Eigenthumsproceß so vollständig beherrscht, daß dagegen alles übrige, insbesondre der absolute Charakter des Klaggrundes, völlig in den Hintergrund tritt. Auf diesem Standpunkte scheint nun nicht mehr das Eigenthum, sondern die Gewere Klaggrund zu sein; auf diesem Standpunkte verliert sich der Streit um das Eigenthum in einen Streit um das bessere Recht [523]; auf diesem Standpunkte endlich ist die große Dehnbarkeit der dinglichen Klage erklärbar. Wenn der Kläger oder der Beklagte schwor, daß die Sache sein sei, so dachte niemand dabei an das absolute Eigenthumsrecht, dessen Erwerbsart nach bestimmten Regeln hätte feststehen müssen und welches uns erst durch die Römer bekannt geworden ist, sondern man meinte damit nur, daß dem Schwörenden ein Recht zustehe, die Sache zu besitzen, und zwar ein besseres als der Gegner beanspruchen konnte. So konnte die Klage als wahre Universalklage dienen und jeglichen Inhalt dinglicher Art in sich aufnehmen. Ja sie konnte nun auch von einem solchen angestellt werden, welcher gar nicht Eigenthum an der Sache behauptete, wenn er nur überzeugt war, besser als der Beklagte zum Besitze der Sache berechtigt zu sein. So gestattete man die Klage dem Commodatar u. s. w. und versagte sie im Interesse des Verkehrs dem wahren Eigenthümer, welcher die Sache aus der Hand gegeben hatte (Hand muß Hand wahren). Dieser Universalität der Klage entspricht der Sprachgebrauch, indem dieselbe in den Quellen gewöhnlich mit dem sehr allgemeinen Worte „Ansprache“ bezeichnet wird [524].

2) Besitz des Beklagten. Der Besitz der streitigen Sache auf Seiten des Beklagten ist wie nach römischem so auch nach teutschem

---

522) Richtst. Landr. Cap. 27. Planck a. a. O. S. 280.

523) Sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 3. Richtst. Cap. 11. Schwabensp. Cap. 317. Alt. Bamb. Recht §. 110. Die in diesen Stellen gebrauchten Ausdrücke deuten auf diesen Streit um ein besseres Recht hin.

524) S. z. B. sächs. Landr. B. 3, Art. 15, §. 3. Art. 21, §. 1. Goslar. Stat. S. 28, Z. 7—10. S. 25, Z. 28. Freiburg. Stat. (Walch, Beitr. zum teutschen Rechte Bd. 3, S. 198). Münchner Stadtr. Art. 33. Revid. Lüb. Recht III, 2, Art. 1. IV, 1, Art. 3, 6. Richtst. Landr. Cap. 11, 16, 25.

Rechte nothwendiges Erforderniß der dinglichen Klage [525]). Kommt gelegentlich die Voraussetzung vor, daß keiner von beiden Theilen die Gewere habe [526]), so ist dies wohl auf die rechte Gewere zu beziehen. Es fragt sich nun, wem das Beweisrecht gebührt, wenn der Beklagte den Besitz leugnet. Es kommt in diesem Falle ein doppelter Beweisact und ein doppeltes Beweisurtheil vor, zunächst über die Besitzfrage und dann, wenn das Ergebniß für den Kläger ist, über die Rechtsfrage [527]). Das Beweisrecht selbst aber steht dem Beklagten zu, welcher und zwar allein schwört, daß er die Sache nicht besitze [528]). Da dies hinsichtlich der beweglichen Sachen ein gefährliches Vorrecht des Beklagten war, so wurde gerade hier von dem Vorzuge, welchen gewisse Beweismittel ihrer Form wegen hatten, besonders häufiger Gebrauch gemacht. Die leibliche Beweisung, zu welcher sich der Kläger erbietet, geht dem Unschuldseide des Beklagten vor; sie ist sogar nach abgeleistetem Eide noch zulässig [529]). Hierauf bezieht sich die Klage mit Anfang (Anfassen). Anfang ist jede [530]) auf Herausgabe einer beweglichen Sache, bei welcher der Kläger den Besitz des Beklagten durch leibliche Beweisung (deren Möglichkeit sich der Kläger außergerichtlich durch die Anfassung des streitigen Gegenstandes unter dem Beklagten sicherte) darthut, während die Klage auf Herausgabe einer Sache ohne dieses Verfahren im Richtsteig schlichte Klage [531]) heißt. In Ansehung der dinglichen Klage war die Befugniß des Klägers, sich des Anfanges zu bedienen, unbeschränkt. Wenn es in einigen Quellen heißt, daß man nur gestohlenes oder geraubtes Gut anfassen dürfe, so soll damit nur gesagt sein, daß, wer eine Sache freiwillig aus seiner Gewere gelassen habe, gegen den dritten Besitzer sich des Anfanges nicht bedienen dürfe. Da aber dann dem Kläger überall keine Klage, auch keine dingliche Klage zusteht, so ist jener Satz insoweit identisch mit der Rechtsregel: Hand muß Hand wahren. Dagegen scheint in Bezug auf die Frage, ob der Kläger, wenn er mit der Contractsklage gegen den Contrahenten, z. B. gegen den Leiher, auftreten will, und Ableugnen nicht blos des Vertrages, sondern auch des Besitzes befürchtet, sich des Anfanges bedienen dürfe, wirklich

---

525) Sächs. Landr. B. 1, Art. 15, §. 2. B. 3, Art. 31, §. 2. Goslar. Stat. S. 81, Z. 10—12.

526) Sächs. Landr. B. 2, Art. 42, §. 1. Glosse zu B. 2, Art. 42. Richtst. Landr. Cap. 27.

527) Richtst. Cap. 11 u. 16.

528) Sächs. Landr. B. 1, Art. 15, §. 1. Richtst. Cap. 11, 16, 39, 40. — Sächs. Landr. B. 1, Art. 13, §. 1. Art. 22, §. 4. — Magdeb. Recht Art. 18. (Schott, Sammlung teutscher Stadt- u. Landrechte Bd. 1, S. 58.) — Magdeb. Schöffenurtheil (Walch, Beiträge Bd. 8, S. 291). — Goslar. Stat. S. 81, Z. 13, 14. — Freiberg. Stat. (Walch, Beitr. Bd. 3, S. 194) Art. 88.

529) Richtst. Cap. 11 a. E.

530) Vgl. Delbrück, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. XIV, S. 247 flg. und Böhme, diplom. Beitr. VI, 129.

531) Richtst. Cap. 11, 17.

Streit obgewaltet zu haben[532]). Dieser Streit findet seine einfache Lösung darin, daß das bösliche Ableugnen des Besitzes dem Diebstahle gleichgestellt wird[533]). Uebrigens enthielt die Klage mit Anfang indirect einen Vorwurf der Unredlichkeit für den Beklagten, weshalb der Verlust des Processes mit empfindlichen Nachtheilen für den Kläger verknüpft war. Endlich ist noch zu bemerken, daß auch die nominatio auctoris von Seiten desjenigen, welcher nicht in eigenem Namen besitzt, in teutschen Rechtsquellen vorkommt[534]).

EE. Die dingliche Klage als Besitzklage. Die bisher beschriebene Klage ist eine dingliche; denn sie beruht auf dem Eigenthum und geht gegen jeden Besitzer. Neben dieser Klage kommen nun nicht, wie bei den Römern, noch besondere Klagen zum Schutze des Besitzes vor, vielmehr gebrauchte der Eigenthümer, wenn er gegen denjenigen selbst, welcher ihm den Besitz entzogen hatte, klagend auftrat, ebenfalls jene allgemeine Klage, welche dann nur einen auf die verletzende Handlung bezüglichen Zusatz erhielt[535]). In diesem Falle konnte ein dreifacher Beweisact und ein dreifaches Beweisurtheil vorkommen. Der Kläger behauptet, der Beklagte habe ihm den Besitz entzogen. Der Beklagte stellt den Besitz der Sache in Abrede und erbietet sich, dies zu beschwören. Der Kläger bietet leibliche Beweisungen. Es wird für den Kläger erkannt[536]). Hat Kläger so den Besitz des Beklagten erwiesen, so bestreitet der Beklagte die Wegnahme der Sache und benennt seinen Geweren. Dem Beklagten wird der Unschuldseid zuerkannt. Der benannte Gewere verleugnet die Gewerschaft und schließlich wird dem Kläger der Schwur über sein Eigenthum zuerkannt[537]). Die Identität der Klage gegen denjenigen, welcher den Kläger des Besitzes entsetzt hatte, mit der Klage gegen den dritten Besitzer geht daraus hervor, daß der Kläger, wenn ihm das Beweisrecht ertheilt war, das Eigenthum beschwören mußte, und daß der Beklagte, auch wenn er die Entsetzung zugestand, mit der Behauptung, daß ihm eine stärkere Gewere zustehe, gehört wurde[538]). Es war also in der That kein Bedürfniß zur Einführung einer besonderen Klage zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes vorhanden, da der Kläger zunächst nur ehemaligen Besitz

---

532) Sächs. Landr. B. 3, Art. 22, §. 3. Richtst. Cap. 11. Culm. Recht V, 5 vgl. mit Goslar. Stat. S. 82, Z. 13—15. S. 98, Z. 36—38.

533) Sächs. Landr. B. 2, Art. 29, 37, §. 1. Glosse zu B. 2, Art. 36. Rechtsb. nach Distinct. IV, 9. d. 3. IV. 42. d. 13. Revid. Lüb. Recht IV, 1, 7. Kl. Kaiserr. II, 41.

534) Richtst. Landr. Cap. 14 z. Anf.

535) Der Beklagte muß nicht nur die Sache lassen, sondern auch Buße geben. Sächs. Landr. B. 3, Art. 43, §. 1. B. 3, Art. 47. Das sächs. Lehnr. Cap. 14, §. 1 nennt dies: die gewalt irvolgen. Richtst. Landr. Cap. 26 im ersten Theile.

536) Richtst. Landr. Cap. 11 a. E.

537) Vgl. oben unter BB. 3. Nr. 2. nach Note 467 im Texte.

538) Bruns, Recht des Besitzes S. 296, 312.

anzusprechen nöthig hatte, um das Beweisrecht zu erlangen. Freilich mußte er nun auch beschwören können, daß die Sache sein sei; dem unrechtmäßigen Besitzer stand also auch gegen Dritte, welche ihm den Besitz entzogen, kein Schutzmittel zu. Ohne das römische Recht wäre eine solche Klage vielleicht auch niemals gewährt worden, da in der That ein großes Bedürfniß dazu nicht vorlag. In anderer Beziehung aber war allerdings eine Veranlassung zur Fortbildung vorhanden. Schon die alten Volksrechte nämlich und nicht weniger das teutsche Recht des Mittelalters enthielten die entschiedensten Verbote der Selbsthilfe. Es lag daher nahe, dem Beklagten, welcher die Entwerung einräumen mußte, die Einrede des Rechtes vor der Hand zu versagen und ihn mit seinem Rechtsanspruche auf eine besondere Klage zu verweisen. Es finden sich in der That die Anfänge einer solchen Entwickelung [539]). Wenn Bruns in den in der Note näher bezeichneten Rechtsbildungen nicht blos die Verweisung des Beklagten mit seinem Rechtsanspruche zur besonderen Ausführung, sondern auch eine wirkliche Besitzklage erblickt, so daß der Kläger sein Eigenthum zu beschwören nicht gebraucht habe, so widerlegt sich dies, wie Delbrück bemerkt, durch die in dem Landfrieden K. Rudolph I. v. 1281 gebrauchten Worte: „er hab in sinns guts entwert", welche bestimmt darauf hindeuten, daß auch hier immer Eigenthum Klaggrund war. Der Vorbehalt für den Beklagten bezog sich theils auf dingliche Rechte, welche neben dem Eigenthum bestehen können, theils deutet er auf die Möglichkeit des Nachweises, daß der Eid des Gegners falsch gewesen sei, eine Vorstellung, welche dem germanischen Rechte nicht fremd ist [540]).

B. Fortdauer der dinglichen Klage des teutschen Rechtes nach dem Zusammenstoße des römischen und germanischen Rechtes [541]). Einleitung. 1) Bedürfniß

539) Die erste Spur findet sich in dem Landfrieden K. Rudolph I. v. 1281 (die betreffende Stelle ist abgedruckt bei Delbrück, die dingl. Klage S. 79), wo bestimmt wird, daß, wenn die Entsetzung bewiesen wird, der Entsetzte sofort wieder in den Besitz gesetzt werden soll. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in dem bayer. Landr. v. 1346 Art. 205. Münchner Stadtrechtsb. v. 1347 Art. 160. Rechtsb. für das Bisthum Freising Art. 155. Eine Einwirkung des römischen Besitzrechtes hierauf ist unwahrscheinlich, weil die ganz eigenthümliche Bestimmung vorkommt, daß der Beklagte mit seiner Klage so lange warten muß, als der Kläger den Besitz entbehrt hat, eine Bestimmung, welche sich auch im kanonischen Rechte findet und noch bei den Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts vorkommt.

540) Richtst. Landr. Cap. 11. Siehe Sachse, Beweisverfahren S. 104.

541) Wir benutzen auch hier wieder die ausgezeichneten Forschungen von Delbrück, die dingl. Klage des teutschen Rechtes. Die Lehre von der Fortdauer der dinglichen Klage des teutschen Rechtes steht zwar mit den jetzt herrschenden civilistischen Ansichten im Widerspruch, welche blos die römischen Eigenthums- und Besitzklagen in Teutschland als recipirt betrachten. Allein schon die unverkennbaren Spuren teutschrechtlicher Ansichten in der Lehre vom possessorium ordinarium und von der Spolienklage, welche sich im kanonischen Rechte finden, hätten zu weiteren Forschungen führen müssen, zumal es schon vor Del-

der Fortdauer. Nach dem vorher Ausgeführten findet sich in der Lehre vom Schutze des Eigenthums zwischen dem römischen und germanischen Rechte ein Gegensatz, welcher kaum schärfer gedacht werden kann. Das römische Recht knüpft den Eigenthumsschutz an die absolute Erwerbslehre, das germanische Recht aber an gewisse thatsächliche Zustände, welche eine relativ bestimmte Wirkung haben. Das römische Recht schützt den gegenwärtigen Besitzer so lange, bis der Kläger den Erwerb des Eigenthums dargethan hat; das germanische Recht hingegen zieht den älteren Besitzer so lange vor, bis der Beklagte ein stärkeres Recht anzusprechen vermag. Das römische Recht schützt den Besitzer als solchen gegen Verletzungen des Besitzes; das germanische Recht dagegen kennt diese bei den Römern so fein durchgebildete Besitzlehre nicht. Freilich zeigt auch schon das römische Recht in der Publicianischen Klage eine, wenn auch unausgebildete, Relativität und selbst die Usucapion konnte in einem gewissen Sinne aus dem Gesichtspunkte eines bedingten Vorzuges des früheren Besitzers aufgefaßt werden. Dessenungeachtet bleibt ein sehr großer und augenscheinlicher Gegensatz zwischen beiden Rechten; namentlich ist im römischen Rechte ein Vorzug des älteren Besitzers, als solcher, nicht anerkannt. Es fragt sich: was wurde nun, als beide Rechte zusammenstießen? Nach der herrschenden Meinung soll das fremde vollständig die Oberhand gewonnen haben, dem älteren einheimischen Rechte nur noch geschichtliche Bedeutung beizulegen sein. Mittermaier[542]) und Zöpfl[543]) versuchten die Spolienklage und das possessorium ordinarium an das teutsche Recht anzuknüpfen; ihre Versuche hatten aber keinen Erfolg, obwohl Albrecht[544]) beifällig darauf hinwies. Selbst Bruns, obwohl er tief in die germanische Rechtswelt eindrang und namentlich den Besitz der Rechte aus derselben ableitete, hält im übrigen den Einfluß des germanischen Rechtes für höchst unbedeutend[545]). So ist denn nicht zu verwundern, wenn selbst einzelne Germanisten behaupten, jeder Versuch, von der Gewere noch heutzutage eine Nachwirkung zu erweisen,

---

brückt nicht an mehrfachen Hindeutungen auf den Zusammenhang der gedachten Rechtsmittel mit dem älteren teutschen Rechte fehlte. Wenn wir selbst nun Manches hier vortragen werden, was von früher im Rechtslexikon Vorgetragenem (siehe z. B. den Artikel Possessorium) abweicht, so findet dies darin seine Rechtfertigung, daß es Pflicht ist, hergebrachte Ansichten aufzugeben, sobald man sich von der Richtigkeit neuerer abweichender Meinungen überzeugt hat. Eine besondere Veranlassung der Berücksichtigung der neueren Forschungen lag für den Verfasser dieses Artikels darin, daß er selbst auf dem Gebiete des Obligationenrechtes rücksichtlich des Grundes und der Bedeutung der Formlosigkeit der Verträge den Zusammenhang des jetzt geltenden Principes mit der älteren teutschen Beweistheorie nachgewiesen hat. Vgl. Heimbach, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XIII, S. 91 flg.

542) Der gem. teutsche bürgerl. Proceß Beitr. 4, S. 291 flg.

543) Das alte Bamberger Recht S. 205 flg.

544) Gewere S. 15, N. 41.

545) Bruns, das Recht des Besitzes §. 39, §. 30 a. E.

müſſe von vornherein als verfehlt erſcheinen [546]). Das Gegentheil hat Delbrück nachgewieſen. Römiſches und germaniſches Recht haben ſich auch auf dieſem Gebiete durchdrungen. Die Vindication und die Interdicte des römiſchen Rechtes ſind allerdings aufgenommen und zwar im weſentlichen unverändert; aber zwiſchen beide hat ſich die dingliche Klage des teutſchen Rechtes eingeſchoben. Die Schwächen des römiſchen Syſtems forderten zu dieſer Neuerung auf, wie bereits unter I. A. bemerkt worden iſt. In der modernen Welt war das Bedürfniß einer Abhilfe beſonders ſtark, weil die germaniſchen Stämme durch den in ihnen lebenden Rechtsgedanken und durch Jahrhunderte lang fortgeſetzte Uebung mit dem Princip der Relativität des Eigenthumsproceſſes vertraut geworden und an den darauf gegründeten leichteren Schutz des Eigenthums gewöhnt waren. Ferner waren Raub und Gewalt ſehr gewöhnlich und es war daher das Bedürfniß vorhanden, dem Beraubten ein leicht anwendbares Rechtsmittel gegen denjenigen, welcher die Sache vom Räuber erworben hatte, darzubieten; dieſes Bedürfniß war um ſo größer, je ſchwieriger und koſtſpieliger große Beweisführungen wegen der verwickelten Jurisdictionsverhältniſſe und der mangelhaften Verkehrsmittel waren. Zwar gewährte das römiſche Recht für den Fall erlittener Gewalt in der actio quod metus causa eine Aushilfe, welche jedoch in ihrer praktiſchen Anwendbarkeit durch ihre nach Ablauf eines annus utilis eintretende Subſidiarität [547]) ſehr beſchränkt war. Schon die Gloſſe zu der in der Note angeführten Coderſtelle bemerkt, daß die Vindication mit ihr concurrire und daß ſelten eine andere Klage fehlen werde. Darüber ſcheint die actio quod metus causa faſt in Vergeſſenheit gekommen zu ſein [548]). Auch da, wo das römiſche Recht eine leidliche Aushilfe gewährte, wußte man daſſelbe nicht anzuwenden. Ohne Zweifel konnte der Beſtohlene oder Beraubte mit der Publicianiſchen Klage gegen denjenigen durchdringen, welcher redlicher Weiſe vom Diebe und Räuber erworben hat. Man ſcheint jedoch allgemein angenommen zu haben, daß er nur mit der eigentlichen Vindication zum Ziele gelangen könne. Dazu kommt, daß das interdictum utrubi, welches in ſeiner älteren Geſtalt für jeden Fall zufälligen Verluſtes beweglicher Sachen dem vorigen Beſitzer ein paſſendes und bequemes Rechtsmittel gegen den gegenwärtigen Beſitzer darbot, durch Juſtinian auf unzweckmäßige Weiſe abgeändert worden iſt. Es war alſo in der That ein ſtarkes Bedürfniß einer Abhilfe vorhanden. Es fehlt auch nicht an Beweiſen dafür, daß die Fortdauer der dinglichen Klage des teutſchen Rechtes wirklich auf dem praktiſchen Bedürfniſſe beruht [549]).

---

546) Z. B. Gerber, teutſches Privatrecht §. 73, Anm. 3. Walter, teutſches Privatrecht §. 116, N. 2.

547) L. 14. §. 1. 2. D. 4. 2. L. 4. C. de his, quae vi. (II. 19. (20.))

548) Sie wird erwähnt in der Gloſſe zum Decret, bei Innocenz und Hoſtienſis (ſ. Delbrück a. a. O. S. 174), aber nur im Vorbeigehen.

549) So klagt Innocenz III. im cap. 18. X. II. 13., daß der Spoliirte,

2) Möglichkeit der Fortdauer. Die dingliche Klage des germanischen Rechtes mußte erst manche Umgestaltungen erfahren, um fortdauern zu können. Sie ist auf das Engste mit dem germanischen Processe verwebt; sie mußte aus dieser Verbindung heraustreten, um sich für den modernen Proceß geschickt zu machen. Die Umgestaltung ist also zunächst eine processualische. Der germanische Proceß beruht auf dem Beweisvorzuge und daher im wesentlichen auf dem Parteieneide. Im Laufe einer allmäligen Jahrhunderte lang dauernden Entwickelung erhielt der Proceß theils selbstständig, theils unter der Einwirkung der fremden Rechte eine andere Grundlage. Aus dem Beweisrechte wurde eine Beweislast; an die Stelle des Parteieneides trat Beweisführung durch Zeugen, Urkunden u. s. w. [550]). Diese Beweisführung konnte sich nicht füglich richten auf dasjenige, was die Partei früher beschwor, weil die Partei ihr Recht im allgemeinen beschwor, ebensowenig auf die den Erwerb des Rechtes darstellenden Thatsachen, sofern man nicht den teutschen Gedanken des Eigenthumsschutzes aufgeben wollte. Sie mußte diejenigen Thatsachen umfassen, welche ehemals den Beweisvorzug begründeten. Die oben dargestellten drei Grundsätze des Beweisrechtes: 1) die ältere Gewere geht der jüngeren vor; 2) die stärkere Gewere geht der älteren vor; 3) ist die Gewere auf beiden Seiten gleich stark, so geht die jüngere vor, mußten also sich in folgender Weise gestalten: 1) der ältere Besitz geht dem jüngeren vor; 2) das bessere Recht geht dem älteren Besitze vor; 3) bei gleichem Alter oder Recht geht der gegenwärtige Besitz vor, und zwar so, daß die Thatsachen des älteren oder gegenwärtigen Besitzes sowie der Grund des besseren Rechtes nach den Regeln des modernen Processes erwiesen werden müssen. Diese processualische Umwandelung war nicht schwierig; schwieriger war die Aufgabe in materieller Beziehung. Zwar konnten der Satz zu 1) sowie unter Umständen der Satz zu 3, wenn sie gleich neu waren, sofort dem System des römischen Rechtes, welchem die Kategorien des Besitzes nicht fremd waren, eingeführt werden. Bedenklicher stand es mit der Feststellung des besseren oder gleich guten Rechtes. Die Schwierigkeiten der hier zu lösenden Aufgabe traten bald genug hervor. Den Römern ist nur das absolute Recht bekannt, nicht oder wenigstens nur in unvollkommener Weise ein relativ bestimmtes Recht; die germanische Lehre aber von der stärkeren Gewere hatte großentheils ihre Brauchbarkeit verloren. Die rechte Gewere, als solche, war untergegangen; an ihre

---

da er gegen denjenigen, auf welchen der Spoliator die Sache übertragen hat, kein Rechtsmittel habe, nach Verlust des Vortheiles des Besitzes, wegen der Schwierigkeit des Beweises die Wirkung des Eigenthums verliere, und motivirt dadurch die Gestattung der Spolienklage gegen den dritten unredlichen Besitzer. Auch spätere Praktiker erinnern sich noch sehr wohl der dem praktischen Bedürfnisse entnommenen Motive. Siehe die Stellen bei Delbrück, die dingl. Klage §. 15, S. 84.

550) Planck, Beweisurtheil §. 9, 10, 20—25 und in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. X, S. 300 flg.

Stelle war die Acquisitiv- und Extinctivverjährung getreten. Die Lage des Beklagten, der Klage aus älterem Besitze gegenüber, war, wenn er auf die Einrede der Verjährung oder die Behauptung des ihm selbst zustehenden Eigenthums beschränkt wurde, sehr mißlich. Hier mußte etwas Neues geschaffen werden, umsomehr, als der häufigste Fall, nämlich der, wenn der Besitzer von einem Dritten erworben hat, nicht mehr in der alten schwerfälligen Weise des Ziehens auf den Geweren sich erledigen ließ. Zu dieser neuen Schöpfung nun verwendete man ein Stück des römischen Rechtes, nämlich die der Ersitzung und der Publicianischen Klage entlehnte Lehre vom Titel, wobei sich die alten Geweren in Zeugen verwandelten. Die juristische Construction des besseren Rechtes beruhte mithin auf einer Durchdringung der germanischen Lehre von der stärkeren Gewere und der römischen Lehre vom Titel. Die eigenthümliche Beschränkung der germanischen Klage bei beweglichen Sachen, daß der Besitzer, wenn er die Sache freiwillig aus der Hand gegeben hatte, sich nur noch an den Empfänger halten konnte, eine Beschränkung, welche durch die Rechtsregel: „Hand muß Hand wahren" ausgedrückt wird, ist nicht gemeinrechtlich geworden; daher ist von ihr hier nicht die Rede.

3) Formen der Fortdauer. Die Art und Weise, wie sich die dingliche Klage des teutschen Rechtes zu erhalten wußte, ist sehr eigenthümlich und mannigfaltig. Es ist zuvörderst an die Entstehung des modernen Rechtes zu erinnern[551]). Das heutige Recht stammt aus dem Italien des Mittelalters, wo nach dem Untergange des römischen Reiches römische und germanische Völkerschaften sich vermischt hatten. Obwohl das System der persönlichen Rechte bestand, vermöge dessen dem Römer das römische, dem Germanen sein germanisches Recht verblieb, so entstand doch bei der innigeren Verschmelzung der Nationen bald, zunächst in den Städten, ein neues gemeinsames Recht, beruhend auf römischer Rechtswissenschaft und germanischer Rechtssitte. Dem Einflusse der letzteren waren auch die gelehrten Juristen unterworfen, da sie häufig als Richter, Anwälte und Inhaber wichtiger Stadtämter auch praktisch beschäftigt waren. Allein bei dem Uebergewichte der Wissenschaft wurde das germanische Element meistens als solches nicht erkannt und nur dadurch erhalten, daß es für römisch galt. Man suchte die Satzungen der germanischen Rechtssitte, unter deren Einflusse man stand, dessen man sich aber nicht bewußt war, im römischen Rechte und glaubte sie dort auch wirklich zu finden, was durch Mißverständniß und künstliche Auslegung bewirkt wurde. So fand das germanische Element unter den sonderbarsten Verhüllungen Geltung. Schon die Glossatoren konnten sich des Einflusses der Rechtssitte nicht erwehren; noch weit mächtiger machte er sich aber bei ihren Nachfolgern, den Commentatoren und Scribenten, geltend. Diese mehr praktische Richtung wird beson-

---

551) Vgl. darüber besonders Briegleb, Executivproceß Cap. 1, §. 4 flg. S. auch Wetzell, Civilproceß, Einleitung.

ders durch Bartolus und dessen Schule vertreten, und dieser Umstand erklärt vor allem anderen dessen außerordentliches Ansehen, dessen wahrer Grund bestritten ist[552]). Eine mächtige Stütze erhielt das germanische Element durch das kanonische Recht, welches, obgleich auch hier das sichere Bewußtsein des Berufes zur Erhaltung der Rechtssitte mangelte, doch die bestehende Rechtssitte nicht ignoriren konnte und sehr häufig berücksichtigt hat, auch dem römischen Rechte weit freier gegenüber stand als die Commentatoren des Civilrechtes. Ein ähnlicher Gang der Entwickelung fand in Frankreich und Spanien statt. Was Teutschland betrifft, so trat es nicht, wie Italien, mit dem echten römischen Rechte in Verbindung; es wurde nicht das römische Recht, wie es die Quellen desselben enthalten, angenommen, sondern das römische Recht in der Gestalt, welche es Italien unter dem geschilderten Einflusse erhalten hatte. Man schöpfte in Teutschland in Bezug auf die hier behandelten Lehren damals das römische Recht nicht aus dessen Quellen, sondern aus den Schriften des Bartolus und dessen Schule. Die Kammergerichtsordnung von 1507 Tit. XXXVI. §. 7 unterscheidet das „alte Gesetz" und das „neue Recht" und meint mit dem ersteren das Corpus iuris civilis, mit dem letzteren das kanonische Recht und die Schriften des Bartolus und seiner Anhänger. Kaiser Maximilian wirft den Juristen vor, daß sie die Schriften und Meinungen des Bartolus und Baldus als unfehlbare Orakel anzuführen pflegten[553]). Später, im 16. Jahrhundert, finden sich Aeußerungen, die dahin gehen, daß man die Rechtskunde nicht blos aus Bartolus, Baldus u. s. w. schöpfen könne. Es fehlte in Teutschland an allem Bewußtsein über die selbstständige Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft und man führte alles, selbst das einheimische Recht, auf das römische Recht in der Gestalt, wie es die Glossatoren und ihre Nachfolger überliefert und ausgelegt hatten, zurück. Dieser überall durchgehende Irrthum war verhängnißvoll, als später die elegante Schule der Franzosen und Holländer sowie in neuester Zeit die historische Schule in Teutschland die echten Quellen des römischen Rechtes zur Hand nahmen und gewahrten, was im Laufe der Zeit aus denselben geworden war. Bei manchen Punkten hatte sich der moderne Rechtssatz festgestellt und wurde als solcher anerkannt; schlimmer aber war es mit den Elementen germanischer Abkunft beschaffen, welche man für römisches Recht hielt. Man begann das Reinigungsgeschäft und führte es mit steigendem Erfolge durch, umsomehr als das moderne Recht, da es sich für römisches ausgab, von vornherein den Boden unter den Füßen verloren hatte. Dieses Reinigungsgeschäft war auf dem Standpunkte der Schule vollkommen berechtigt, da jenes Einschmuggeln germanischer Rechtssitte unter

552) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 6, S. 138.
553) Möllner, die teutschen Juristen S. 88. Andere hierauf bezügliche Thatsachen führt an Delbrück, die dingl. Klage S. 89.

römischer Hülle große Verwirrung angerichtet hatte. Aber man vertrieb das germanische Element nicht blos aus dem römischen Rechte, sondern man suchte es, weil man es für Mißbildung hielt, aus dem Rechte überhaupt zu vertreiben, wodurch Rechtsanschauungen und Rechtslehren verkümmert und zum Theil unterdrückt worden sind, welche tief in unserem teutschen Leben wurzeln. Umsomehr ist das Streben berechtigt, dasjenige, was nicht blos auf Mißverständniß beruht, sondern einen noch lebensfähigen und der modernen Anschauung wahrhaft angehörigen Kern älteren teutschen Rechtes enthält, durch geschichtliche Darlegung seines Ursprunges und seiner fortdauernden, wenngleich verkümmerten und verhüllten Geltung zu retten und dadurch beiden Factoren des heutigen Rechtes gleichmäßig gerecht zu werden. Die dingliche Klage des teutschen Rechtes nun gehört zu denjenigen Instituten, welche man für römisch hielt und deshalb später als Auswüchse opfern wollte. Gleich anfangs erscheint sie in römischem Gewande, macht sich aber doch, bald unter diesem, bald unter jenem, dem fremden Rechte entlehnten Namen geltend. Sie tritt zuerst leise auf, bei den Glossatoren finden sich nur Anfänge der späteren Entwickelung, welche aber schnell Umfang und Kraft gewinnen. Man darf daraus nicht schließen, daß die Klage zur Zeit der Glossatoren weniger in Uebung gewesen sei als später. Die Theorie bemächtigte sich nur allmälig der Sitte, welche deshalb nicht weniger vorhanden war. Die Dogmengeschichte zeigt daher hier nicht das allmälige Entstehen eines Rechtssatzes, sondern nur das allmälige Eindringen des in der Sitte längst Bestehenden in die Wissenschaft. Es ist nur ein natürliches Verhältniß, daß die Theorie anfangs weniger unter dem Einflusse der Sitte steht als später; dasselbe Verhältniß wiederholt sich in der Geschichte des Processes für Teutschland auf eigenthümliche Weise [554]). Vorzugsweise sind die italienische Jurisprudenz und die italienischen Statuten des Mittelalters hier zu berücksichtigen. In Teutschland findet sich nur das wieder, was dort entstanden ist; es findet sich in den Schriften der Praktiker und in den Particularrechten. Die romanistische Lehre kommt hier wenig in Betracht, da diese sich damit begnügte, das unrömische jener Klage zu zeigen und nun ihre Aufgabe für erledigt hielt.

AA. Fortdauer als Besitzklage. 1) Vom Petitorium und Possessorium überhaupt. Der Fundamentalsatz des römischen Rechtes: nihil commune habet proprietas cum possessione [555]), welcher so sehr die Natur eines Axioms hat, daß er gar nicht als selbstständiger Lehrsatz aufgestellt wird, sondern nur gelegentlich zum Behufe der Sicherstellung gewisser Folgesätze vorkommt, hat den Commentatoren sehr viel Stoff geliefert. Dies erklärt sich aus der germanischen Anschauungsweise, in welcher die älteren Juristen befangen waren; denn

554) Planck, Beweisurtheil §. 20, S. 147. Wetzell, Civilproc. S. 4.
555) L. 12. §. 1. D. 41. 2. Cf. L. 52. pr. D. eod. L. 14. §. 3. D. 41. 2.

die Eigenthümlichkeit der Gewere besteht gerade darin, die Begriffe Eigenthum und Besitz in eine unauflösliche mystische Verbindung gebracht zu haben. Die Folgen dieses nicht verstandenen Gegensatzes des römischen und germanischen Rechtes zeigten sich sofort in der Behandlung der Klagen zum Schutze des Eigenthums und des Besitzes. Vindication ist die Klage, welche sich auf das Eigenthum des Klägers gründet; der Kläger fordert vom Gegner Anerkennung dieses Eigenthums und als Folge davon die Herausgabe der Sache; sie geht gegen jeden, welcher die Sache inne hat. Daran schließt sich die Publicianische Klage an. Dagegen bezwecken die Besitzklagen Schutz des Besitzes ohne Rücksicht auf dessen Rechtsgrund gegen gewisse Formen der Verletzung; sie gehen entweder auf Erhaltung oder auf Wiedererlangung des Besitzes und sind gegen den Urheber der Verletzung gerichtet. Grund, Zweck und Richtung der Eigenthumsklagen und der Besitzklagen sind ganz verschieden; es ist nur eine äußere Aehnlichkeit, wenn behufs der Wiederherstellung des Besitzes eine Herausgabe der Sache, wie bei der Vindication, vorkommt. Das germanische Recht hingegen hat statt aller dieser Klagen nur Eine, und zwar eine dingliche Klage, welche auf älterem Besitze beruht und daher geeignet ist, sowohl zum Schutze des Eigenthums als auch zum Schutze des Besitzes, insofern derselbe entzogen ist, zu dienen. Ursprünglich beruhte freilich diese Klage als solche auf der Behauptung des Eigenthums, während nur das Vorzugsrecht im Beweise sich auf das Ansprechen des älteren Besitzes gründete; indessen wird hier die Klage in der vorher geschilderten Umgestaltung genommen, welcher sie unterliegen mußte, um fortbestehen zu können. Nach dem Zusammenstoße des römischen und des teutschen Rechtes hatte die Klage des teutschen Rechtes in das System der dinglichen Klagen aufgenommen werden müssen. Die petitorische Natur einer auf älteren Besitz gegründeten, gegen den gegenwärtigen Besitzer auf Herausgabe der Sache gerichteten Klage geht aus folgender Betrachtung hervor. Die Idee des römischen Rechtes, daß der Kläger sein Eigenthum beweisen müsse, ist ganz richtig, sobald vorausgesetzt wird, daß der Kläger Anerkennung seines Eigenthums vom Gegner und vom Richter ausdrücklich verlangt. Die Römer hielten an dieser Voraussetzung fest und vermieden die Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises durch positive Institute, nämlich durch die Ersitzung und die Publicianische Klage. Ganz anders faßte das germanische Recht und das auf demselben beruhende moderne Recht das Problem auf. Wenn nämlich der Kläger nicht ausdrückliche Anerkennung seines Eigenthums verlangt, sondern sich mit dem Verlangen der Herausgabe der Sache begnügt, so kann ihm der Beweis des Eigenthums erlassen werden; genug, wenn nur erhellt, daß er besser berechtigt ist, die Sache zu haben, als der Beklagte; hierzu ist zunächst schon der Beweis hinreichend, daß er vor dem Beklagten im Besitze gewesen sei; von der Art und Weise der Vertheidigung des Beklagten hängt es ab, ob der Kläger sein Recht noch weiter

darzulegen habe. Erlangt der Kläger ein günstiges Urtheil, so ist damit freilich sein Eigenthum nicht anerkannt; er erhält aber den Besitz der Sache und kann etwaige weitere Schritte des Gegners abwarten. Eine solche Klage ist eben so sehr petitorischer Natur, wie die Publicianische Klage, welcher auch noch ein Vindicationsproceß unter denselben Parteien folgen kann; der Unterschied besteht nur darin, daß die vom Prätor gemachte Concession noch um einen Grad gesteigert ist. Was das römische Recht dem früheren titulirten Besitzer verstattet, gestattet das teutsche Recht schon dem früheren Besitzer überhaupt, ohne nach einem Titel zu fragen. Die Fiction der vollendeten Ersitzung, wäre eine solche überhaupt anzunehmen, ließe sich ungezwungen auf die außerordentliche Ersitzung von der ordentlichen übertragen. Die Römer würden, wenn sie die Klage gekannt hätten, kein Bedenken getragen haben, die Klage eine dingliche zu nennen. Dies zeigt sich an der außerordentlichen Ersitzung. Der Kläger, welcher das Eigenthum dadurch erworben zu haben behauptet, stützt sich lediglich auf seinen ehemaligen Besitz und dessen Dauer; gewiß ist aber seine Klage eine dingliche. Dies zeigt sich ferner an der actio quod metus causa; denn obwohl der Kläger nur früheren Besitz und Verlust desselben durch Zwang oder Drohung zu beweisen hat, wurde die Klage doch auch gegen den dritten Besitzer gegeben. Mit den Besitzklagen ist der Klage aus ehemaligem Besitze nichts weiter gemein, als was auch die Vindication mit jenen gemein hat, nämlich der Antrag auf Herausgabe der Sache; im übrigen kommt es weder auf bestimmte Formen der Verletzung an, noch ist die Klage ausschließlich gegen den Verletzer gerichtet, sondern sie geht, was entscheidend ist, gegen jeden Inhaber der Sache. Der Gedanke, daß die Klage aus älterem Besitze zum Schutze des Eigenthums diene, hat sich den älteren Juristen zuweilen nahegestellt. Es ist auch geradezu die Frage aufgeworfen worden, ob eine solche Klage petitorisch oder possessorisch sei; man hat sie jedoch sehr äußerlich behandelt. Eine sehr lehrreiche Auffassung kommt indessen bei Einigen vor. So meinen Paul de Castro und Barthol. Socinus, die Klage sei zwar possessorisch, aber es sei ein possessorium, quod habet admixtam causam proprietatis; der Kläger müsse Eigenthum behaupten, weise es aber präsumtiv durch älteren Besitz nach; der Beklagte könne aber dann den Gegenbeweis führen, daß der Kläger nicht Eigenthümer sei[556]. Menochi erklärt sich zwar an einer Stelle[557]) gegen diese Ansicht, lehrt aber an einer anderen Stelle im Grunde dasselbe, indem er die Präsumtion des Eigenthums aus älterem Besitze verwirft, ausgenommen in possessorio reintegrandae[558]). An einer dritten Stelle[559]) nähert

556) Castro, Consil. 105. Socin. zu L. 15. D. de poss. nr. 1. 2.
557) Menoch. de recup. poss. XV. nr. 2—4.
558) Menoch. de praesumt. VI. pr. 63. nr. 15.
559) Menoch. l. c. nr. 1.

er sich dem richtigen Gesichtspunkte so, daß es nur zu verwundern ist, wenn er sich ihm doch wieder verschließt. In der Einleitung zur Lehre von der Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze sagt er, man müsse wohl unterscheiden, ob man vom Erwerbe oder vom Schutze des Eigenthums rede; wie das Geständniß die Obligation nicht hervorbringe, wohl aber schütze, ebenso könne der Besitz zwar nicht Eigenthum verschaffen, wohl aber dessen Beweis sichern. Dieser Zusammenhang mußte ihn unmittelbar zu der Ansicht führen, daß eine Klage aus früherem Besitze sehr wohl eine Klage zum Schutze des Eigenthums sein könne. Noch bestimmter kommt diese Auffassung bei Frider (nach seiner Herkunft gewöhnlich Mindanus genannt) vor, welcher von einer auf ehemaligem Besitze beruhenden Klage sagt: nihil aliud est quam Petitorium[560]). Man hat aber diesen Gedanken nicht festgehalten, vielmehr eine solche Klage zu den Rechtsmitteln zum Schutze des Besitzes gezählt, und diese Ansicht ist bis jetzt noch die allgemein angenommene. Dies war verhängnißvoll sowohl für die Besitzlehre, als auch für die Klage des teutschen Rechtes. Jene wurde von Grund aus verfälscht und diese wurde in der Verhüllung nicht erkannt. Als man später anfing, die Besitzlehre zu reinigen, warf man den Eindringling hinaus, aber nicht blos aus der Besitzlehre, sondern, soweit es möglich war, aus dem Rechte überhaupt. Jetzt gilt es, der dinglichen Klage des teutschen Rechtes ihren Platz im System der petitorischen Klagen anzuweisen und damit zugleich das Reinigungsgeschäft in Ansehung der Besitzklagen zu Ende zu bringen. Diese Aufgabe hat Delbrück, unseres Erachtens, befriedigend gelöst. Die Antwort auf die Frage, wie man auf diesen Abweg gerieth, ist ein Beleg mehr für den großen Einfluß germanischer Sitte auf die römische Rechtswissenschaft. Erstere kannte einen Besitzschutz als solchen, letztere eine auf älterem Besitze beruhende dingliche Klage nicht. Man entlehnte nun den Inhalt aus der Sitte, die Form aber aus dem römischen Rechte; die teutsche Klage mußte es sich gefallen lassen, possessorisch zu heißen; die Interdicte aber mußten es sich gefallen lassen, ebenso sehr zum Schutze des Eigenthums als zu dem des Besitzes, wie ehemals die teutsche Klage, gebraucht zu werden. Weil man die wahre Bedeutung der Interdicte nicht verstand, mußte man nach einem Inhalte für die gegebene Form suchen und weil man für die teutsche Klage eine wissenschaftliche Form nöthig hatte, so war es natürlich, daß man dem einen wie dem anderen Bedürfnisse durch jene Verbindung abhalf. Seitdem lagen die Gebiete der petitorischen und possessorischen Klage, welche im römischen Rechte so streng gesondert sind, gleichsam im Gemenge, und dies hat auch seinen sehr bestimmten wissenschaftlichen Ausdruck gefunden. Man pflegte nämlich nach dem Vorgange der Kanonisten die Lehren vom Besitze und Eigenthum unter der gemeinsamen Rubrik: de causa possessionis et proprietatis zusammen=

---

560) S. die bei Delbrück a. a. O. S. 136 abgedruckte Stelle.

zufassen[561]) und die Besitzklagen zu den dinglichen Klagen zu rechnen[562]). Selbstverständlich gab man damit den Unterschied des römischen Rechtes zwischen Petitorium und Possessorium nicht auf; man bestimmte ihn aber auf eigenthümliche Weise. Man nimmt nämlich das Petitorium als vorhanden an, wenn der Antrag ausdrücklich auf Anerkennung des Eigenthums gerichtet ist; das Possessorium aber, wenn der Antrag nur auf Restitution des Besitzes geht. Man legt also alles Gewicht auf einen unwesentlichen Punkt und übersieht das Wesentliche des Unterschiedes, welches im Klaggrunde und in der Person des Beklagten liegt. Der Regel gemäß soll zwar der Klagantrag in einer Vindication dahin gehen, daß Beklagter verurtheilt werde, das Eigenthum des Klägers anzuerkennen und demgemäß die Sache herauszugeben; indessen würde eine Vindication, welche sonst alle Erfordernisse enthielte, deshalb nicht zu verwerfen sein, weil der Antrag nur auf Herausgabe gerichtet wäre; ehemals aber würde man deshalb die Klage als Possessorienklage angesehen haben[563]). Gegen solche sog. possessorische Klagen mußte man petitorische Einreden und gegen diese wieder petitorische Repliken zulassen; eine Consequenz, welche man auch nicht scheute und theilweise, namentlich wenn die Replik in der Klage anticipirt wurde, durch Zulassung der Cumulation des Petitoriums und Possessoriums annehmlich machte. Alles dieses erklärt, warum uns die ganze Besitzlehre der Glossatoren und noch mehr ihrer Nachfolger so fremd erscheint, daß man nur mit der größten Mühe im Stande ist, sich in ihren Ideenkreis hineinzuleben und ihre Terminologie zu verstehen. Denn sie suchten stets ihre Anschauungsweise mit den Quellen in Einklang zu bringen, was nur durch künstliche und gewaltsame Auslegungen möglich war. Auf dem hier vorliegenden Felde war es die civilis possessio, welche ihnen als Brücke und Vermittelung dienen mußte.

2) Possessio civilis und die juristische Gewere. Die Glossatoren und ihre Nachfolger hatten von der civilis possessio eine ganz andere Vorstellung, als die Römer und wir jetzt wieder. Die Veranlassung dieses Irrthums findet Savigny in einer Stelle der römischen Quellen[564]); Bruns findet den Schlüssel in der Beschränktheit und Ungelenkigkeit der Glossatoren bei Aufstellung allgemeiner Begriffe[565]). Der wahre Grund liegt tiefer und führt uns auch hier wieder auf das germanische Recht zurück. Die Gewere des germanischen Rechtes war es, welche, nach dem Zusammenstoße in den An-

561) Siehe die Rubrik des Tit. 12. Lib. II. der Decretalen. Durantis, Spec. iur. Lib. IV. Tit. de causa poss. et propr. sowie Lib. II. de petitorio, possessorio et spoliatione.

562) Bartolus zu L. 1. §. 11. D. de itin. actuque priv. (43. 19.) nr. 4. Menochi, de ret. possess. III. nr. 831.

563) Vgl. die Zeugnisse aus den Schriften der Glossatoren und ihrer Nachfolger bei Delbrück a. a. O. S. 98—100.

564) Savigny, Recht des Besitzes S. 154. L. 10. C. VII. 32.

565) Bruns, Recht des Besitzes S. 106.

schauungen der modernen Völker fortlebend, unter dem Namen der possessio civilis in die Wissenschaft eindrang und unerkannt ihre Herrschaft fortsetzte. Der Rechtsbegriff der Gewere war nicht verschwunden; da man ihn im römischen Systeme nicht fand, so preßte man ihn hinein, ohne sich Rechenschaft über das, was man that, abzulegen, und in der vollen Ueberzeugung, daß die Quellen auch wirklich enthielten, was man in ihnen suchte. So findet sich denn in der possessio civilis der Italiener die alte Gewere in ihrer ganzen Vieldeutigkeit und Mystik wieder. Von den mehreren Bedeutungen der Gewere kommen nur zwei in Betracht: die Gewere in der Bedeutung von Recht und die juristische Gewere. Die übrigen sind hier ohne Interesse; denn die rechte Gewere und das Beweisrecht sind nicht in das moderne Recht aufgenommen, und was die factische Gewere anlangt, so ist der Grundbegriff in beiden Rechten übereinstimmend; die Differenzpunkte wurden aber allerdings vorherrschend im germanischen Sinne genommen, weshalb man denn auch, wie Bruns schon ausgeführt hat, nicht nur den Besitz der Rechte entwickelte, sondern auch dem Pachter u. s. w. nicht selten Besitz beilegte. Wichtiger für den vorliegenden Zweck ist zunächst die Gewere als Recht, welche Bedeutung man in die possessio civilis des römischen Rechtes hineinlegte. Schon Irnerius erklärte den Unterschied zwischen Civilbesitz und Naturalbesitz durch iuste und iniuste possidere[566]). Dieselbe Auffassung findet sich in der dissensiones dominorum[567]) und anderwärts[568]). Bartolus nennt civilis possessio: ius insistendi rei non prohibitae possideri aptum producere civiles effectus respectu veri domini[569]). Im folgt Baldus mit etwas veränderter Terminologie, indem er statt possessio civilis: possessio iuridica sagt[570]). Ripa[571]) hat wörtlich die Erklärung des Bartolus und Barthol. Socinus[572]) die des Irnerius. Hauptsächlich kommt es aber hier auf diejenige der possessio civilis beigelegte Bedeutung an, welche der juristischen Gewere entspricht. Die juristische Gewere ist das Verhältniß dessen, welcher zwar gegenwärtig nicht besitzt, aber früher besessen und das Vorzugsrecht im Beweise nicht eingebüßt hat. Diese Bedeutung kann nun freilich nach dem Zusammenstoße nicht mehr in derselben Form vorkommen, da der Proceß eine andere Gestalt angenommen hat; es ist daher zunächst der Begriff der juristischen Gewere mit dem modernen Processe in Einklang zu bringen, und dies geschieht nach der früheren Andeutung einfach dadurch, daß man die juristische Gewere als das Verhältniß des ehemaligen Besitzers bezeichnet, welcher wegen seines

566) Gl. civiliter zu L. 1. §. 9. D. de vi (43. 16.)

567) Haenel, Dissensiones Dominorum §. 104. p. 200.: civiliter i. e. iuste, naturaliter i. e. iniuste.

568) Vgl. Delbrück a. a. O. §. 19, N. 5, S. 102.

569) Zu L. 1. pr. D. de acquir. poss. nr. 8.

570) Zu L. 3. C. Si a non comp. iud. (VII. 48.) nr. 7.

571) Zu L. 1. D. de acquir. poss. nr. 29.

572) Zu L. 12. §. 1. D. eod. nr. 26.

älteren Besitzes dem gegenwärtigen Besitzer vorgezogen wird. Die juristische Gewere in diesem Sinne wird nun auch possessio civilis genannt, wie aus Folgendem hervorgeht. Bei aller Verschiedenheit der Meinungen über den Gegensatz zwischen Civil- und Naturalbesitz, wie sie schon bei den Glossatoren vorhanden ist[573]), ist folgende Vorstellung Allen gemeinsam. Man nahm an, daß nur derjenige, welcher unmittelbar die Sache detinire, im eigentlichen Verstande als Besitzer angesehen, jeder anderweite Besitz aber nur durch juristische Fiction erklärt werden könne; jeden auf solcher Fiction beruhenden Besitz nannte man possessio civilis. So bezeichnet Azo die possessio civilis als possessio non vera, sed ficta[574]), worüber sich Odofredus[575]) ausführlicher so erklärt: ea possessio, quae consistit in animo, dicitur civilis, quia veritate inspecta non possidemus, sed fictione iuris fingimur possideri; sed ea, quae consistit in corpore, dicitur naturalis, quia naturalibus intervenientibus, sedendo et palpando quaeritur et retinetur. Auch die Späteren haben dies festgehalten; beispielsweise ist auf Barthol. Socinus hinzuweisen, welcher sagt: civiliter possidens fingitur esse in re[576]). Mit diesem fingirten Besitze hatte man einen sehr dehnbaren Begriff bekommen, unter welchen sich die juristische Gewere leicht subsumiren ließ; denn ein fingirter Besitz ist ein solcher, welcher nur dem Wollen und dem Rechte nach anzunehmen, in der That aber nicht vorhanden ist; es kam nur darauf an, welche Grenzen man der Fiction setzte; man ging aber in dieser Beziehung sehr weit. Diese Ausdehnung ging unter dem Deckmantel eines in den Quellen des römischen Rechtes vorkommenden, einer weiten Auslegung fähigen Ausdruckes vor sich. Die possessio, quae solo animo retinetur[577]), bezeichnet den nicht aufgehobenen Besitz des zufällig Abwesenden. Dieser Besitz ist kein fingirter, da das augenblicklich nur unterbrochene äußerliche Verhältniß jederzeit wieder hervorgebracht werden kann und deshalb als fortbestehend betrachtet wird. Die Auffassung der Glossatoren und ihrer Nachfolger ist eine andere. Sie faßten nicht nur, indem sie das äußerliche Verhältniß zur Sache als die Grundlage des Besitzes nahmen, den Besitz des Abwesenden als einen fingirten Besitz auf, sondern sie beschränkten auch die possessio, quae solo animo retinetur, keineswegs auf den Besitz des Abwesenden, sondern begriffen vielmehr darunter den Besitz eines jeden, welcher behaupten konnte, denselben nicht freiwillig aufgegeben zu haben, woraus dann weiter der Satz folgte, daß der Besitz solo corpore nicht verloren gehen könne. Letzterer Satz, welchen scheinbar freilich die Quellen

573) Savigny, Recht des Besitzes §. 10. Bruns, Recht des Besitzes S. 106, 253.

574) Summa in Cod. VII. 32. nr. 14.

575) Zu L. 4. C. de poss. nr. 12.

576) Zu L. 3. §. 5. D. de acquir. possess. nr. 3.

577) Dieser Ausdruck kommt nicht häufig vor. Vgl. §. 5. Inst. IV. 15. L. 3. §. 11. L. 25. §. 2. L. 27. D. 41. 2. L. 1. §. 24. 25. D. 43. 16.

stützen[578]), findet sich schon in der Glosse[579]). Mit diesem Satze und mit der Lehre vom fingirten Besitze war eigentlich Alles gegeben; die Glossatoren unterscheiden sich daher von ihren Nachfolgern nur dadurch, daß sie die Consequenzen ihrer Lehre nicht vollständig ziehen, indem sie sich in den einzelnen, in den Quellen entschiedenen Fällen streng an diese Entscheidungen halten. Ihr Standpunkt ist hier der des naiven Widerspruches. So kommen bei Azo folgende Sätze ganz friedlich nebeneinander vor: solo corpore non amittitur possessio; — amittitur possessio, si fuerit surrepta res mobilis; und hinsichtlich unbeweglicher Sachen: si fuero deiectus[580]). Eine Lösung des Widerspruches wird in der Glosse angedeutet: amittitur naturalis (possessio) sine animo, sed cum datur ibi Uti possidetis occasione civilis, non videtur amissa[581]). Dies konnte man aber nur in Bezug auf unbewegliche Sachen haben; in Ansehung der beweglichen heißt es daher: rerum mobilium vilis et abiecta possessio[582]). Zur näheren Entwickelung dieser Sätze boten die Quellen eine treffliche Gelegenheit bei Behandlung der Frage dar, inwiefern der Besitz eines Grundstückes für einen Abwesenden durch Occupation verloren geht[583]). Ueber die Ausbildung und das Verständniß dieser hier berührten Lehre hat Savigny vollständige Aufklärung gegeben. Der Besitzer eines Grundstückes ist abwesend, ein Anderer occupirt es, der vorige Besitzer erhält davon Kenntniß, wagt aber aus Furcht nicht, jenen wieder zu vertreiben; alsdann verliert er in diesem Augenblicke den Besitz an den Anderen, welcher bis dahin trotz der Occupation keinen Besitz hatte, von nun aber eine wahre und zwar violenta possessio hat. Wie nun, wenn der vorige Besitzer, nachdem er die Occupation erfahren hat, sich beruhigt, aber nicht aus Furcht, sondern aus anderen Gründen, etwa weil er vorzieht, zu vindiciren? Diesen Fall berührt die in der Note angeführte Stelle nicht. Nach Savigny geht der Besitz verloren und zwar durch den Willen des vorigen Besitzers, animo, die neue possessio ist eben deshalb gar nicht vitiosa. Die Auffassung der Italiener ist eine ganz andere. Sie legten zunächst dem neuen Besitzer schon vom Augenblicke der Occupation an Besitz bei und ließen sodann für den vorigen Besitzer den Besitz nur in dem ausdrücklich vom Juristen erwähnten Falle, wenn er nämlich aus Furcht sich beruhigt, verloren gehen, während sie dann, wenn er ohne das Motiv der Furcht sich beruhigte, ihn fortwährend als Besitzer betrachteten, und zwar als Civilbesitzer[584]). Nun hatte man zwei Be-

578) L. 153. D. 50. 17. und dazu Savigny a. a. O. S. 385 flg.

579) Glosse zu L. 153. D. 50. 17.: quod est verum, ut duo sint necessaria in amittendo, si incipias a corpore, secus si ab animo. — Zu L. 8. D. de poss., L. 3. pr. („animo") und zu §. 6. das. („animo solo"): semper duo sint necessaria.

580) Summa in Cod. VII. 32. nr. 37. 34. 35.

581) Gl. Utrumque zu L. 8. D. de possess. Vgl. L. 17. pr. eod.

582) Gl. zu L. 15. D. de possess. und Ripa ad h. l. nr. 7. 8.

583) L. 25. §. 2. D. 41. 2.

584) Gl. tamen possides zu L. 3. §. 6. D. de possess.: possides civiliter et

sitzer derselben Sache, was auch als Ausnahme von der Regel: plures eandem rem in solidum possidere non possunt, ausdrücklich anerkannt wurde [585]). Der Besitz des Eingedrungenen aber hieß clandestina possessio [586]). Dieser heimliche Besitz, welcher zwar nach älterem, aber nach neuerem römischen Rechte an Grundstücken gar nicht mehr möglich ist, spielte nun eine große Rolle und diente dem Civilbesitze in dem entwickelten Sinne als Folie. Der Civilbesitz war nun der frühere und der Naturalbesitz der gegenwärtige Besitz. So lange nun dieser Civilbesitz bestand, konnte kein Anderer Civilbesitzer in diesem Sinne werden, auch nicht derjenige, welcher bona fide die Sache vom Occupanten erwarb [587]). Es fragte sich nun, wie lange denn eigentlich ein solcher Civilbesitz fortbestehe? Die Antwort hierauf wird im Anschlusse an eine Stelle der Quellen [588]) schon von der Glosse [589]) angedeutet, von Späteren aber erst mit Bestimmtheit ausgesprochen: es genügt auf Menochi hinzuweisen: Uno fere ore affirmant possessionem civilem, quae animo retinetur, decennali negligentia amitti [590]). Diese Grundsätze der Glossatoren über den Civilbesitz, welche sich zunächst nur auf den abwesenden Besitzer eines Grundstückes bezogen, wurden nun von ihren Nachfolgern und von den Kanonisten verallgemeinert und bestimmter ausgeprägt [591]). Von Irnerius bis Menochi und Mascard, mithin während der ersten vier Jahrhunderte seit dem Wiederaufleben der Wissenschaft heißt der ehemalige Besitzer, welcher nicht aufgehört hat, noch gegenwärtig Besitzer sein zu wollen, civilis possessor; er war ehemaliger und gegenwärtiger Besitzer zugleich; in letzterer Eigenschaft gestattete man ihm sogar das Recht der Selbsthilfe [592]). Selbst hinsichtlich der beweglichen Sachen machte sich allmälig diese Auffassung geltend, obwohl Viele den Standpunkt der Glosse, daß die possessio rerum mobilium vilis et abiecta sei, im Anschluß an das germanische Recht festhielten.

ille naturaliter, donec rediens non admittaris vel repelli suspiceris. Vgl. Gl. non clam zu L. 6. i. f. eod. und Gl. si id quod possidemus zu L. 25. eod.

585) Gl. si duo zu L. 3. D. uti possidetis (43. 17.): diversimodo possident, non eodem modo, sed unus civiliter, alter naturaliter. Azo, Summa Cod. VII. 32. nr. 13.

586) Gl. non possit zu L. 4. C. de poss. (VII. 32.)

587) Azo l. c. nr. 12.

588) L. 37. §. 1. D. 41. 3. Cf. §. 7. Inst. II. 6. und Savigny a. a. O. S. 424.

589) Gl. praescriptionem zu L. 1. C. de serv. fugit. (VI. 1.) Vgl. auch Azo l. c. nr. 35. und Summa Inst. II. 6. nr. 2.

590) Menochi, de recup. possess. VII. nr. 25. Cf. derselbe, de praesumt. pr. VI. 64. nr. 42. 43., wo er sich auf die Gl. praescriptionem beruft.

591) Vgl. Innocenz zu cap. 24. X. de elect. (I. 6.) nr. 3. Bartolus zu L. 27. D. de usurp. (41. 3.) nr. 12. Baldus in der Disp.: Accusatus §. Item. Alexander Tartagnus, III. caus. 6. nr. 9. Alciat, de praesumt. pr. 22. nr. 5. Menochi, de praesumt. VI. pr. 64. nr. 25—27. Die Stellen sind abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 108 flg. S. auch Mascard, de probat. c. 1328. nr. 8.

592) Menochi, de recup. possess. 9. nr. 194.

Hier ist keine Spur römischen Geistes, desto deutlicher aber der Einfluß germanischer Anschauung zu erkennen. Noch ist die sog. possessio civilissima zu erwähnen, welche recht augenfällig den Zusammenhang zwischen der possessio civilis und der Gewere darlegt. Possessio civilissima wird nämlich dem Erben zugeschrieben hinsichtlich der in fremden Händen befindlichen Erbschaftsstücke, falls die betreffenden Statuten den Grundsatz anerkennen: der Todte erbt den Lebendigen[593]). Hier wird man unmittelbar in das germanische Recht und in die juristische Gewere hineingeführt und es ist wichtig, daß dieser Fall der Gewere als possessio civilissima bezeichnet wird, augenscheinlich deshalb, weil die der possessio civilis zu Grunde liegende Fiction hier, wo nicht einmal älterer Besitz in der Person des Civilbesitzers vorlag, noch gesteigert erschien. — Es ist nun zu den einzelnen Besitzrechtsmitteln überzugehen, deren Namen die Klage erborgte. Unter diesen ist zwar das remedium reintegrandae, die spätere Spolienklage, dadurch ausgezeichnet, daß sie am häufigsten gebraucht wurde; es muß jedoch das possessorium ordinarium vorangestellt werden, theils weil hier die Theorie sich unmittelbarer an die possessio civilis anschließt, theils weil die teutsche dingliche Klage unter diesem Namen früher aufgetreten ist und sich am längsten erhalten hat.

3) Fortdauer als possessorium ordinarium. a) Vorbemerkungen. Die herrschende Ansicht über die geschichtliche Entstehung des possessorium ordinarium und summarium, wie sie namentlich Bruns vertritt, ist folgende. In Ansehung des interdictum uti possidetis finden sich bei den Glossatoren einige Sonderbarkeiten, im wesentlichen aber echtes römisches Recht. Dasselbe gilt vom kanonischen Rechte, insbesondre von den Decretalen des 12. und 13. Jahrhunderts. Nur für einen ganz speciellen Fall ist durch cap. 9. X. de probat. (II. 19.) eine freilich mit dem römischen Standpunkte nicht ganz vereinbare, aber nur die Beweisfrage betreffende Norm sanctionirt, namentlich gelten Alter und Titel des Besitzes keineswegs als Qualificationen desselben[594]). Mit der Bemerkung, daß die späteren Rechtsbildungen durchaus mit dem cap. 9. cit. nicht zusammenhängen, sondern ihre eigentliche Quelle in der weltlichen Praxis von Italien haben, geht Bruns dann zur Geschichte des poss. summarium über und entwickelt dieselbe ausführlich. Es ist dasselbe hiernach ein eigenthümliches processualisches Institut, welches das materielle Recht der possessorischen Klagen nicht berührt und nur einen vorläufigen Besitzschutz bezweckt, während das poss. ordinarium sich auf den ordentlichen Besitzschutz bezieht. Von der Idee, daß das poss. ordinarium an sich auf älterem Besitze beruhe, ist in Ita-

593) Bartolus ad L. ult. C. unde vi (VIII. 4.) Ripa zu cap. 18. X. de restit. spoliat. (II. 13.) nr. 27. 28. Menochi, de retin. possess. III. nr. 59., de recup. possess. I. nr. 392. VII. nr. 25. XV. nr. 390. 391. Voet, Comm. ad Pand. V. 41. 2. 3. Pet. Frider. Mindanus, de mat. possess. c. 7. nr. 13.

594) Bruns, Recht des Besitzes S. 113—118, 182—185.

lien noch keine Spur[595]). Im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts aber bildeten sich in Teutschland neue Ansichten über das Verhältniß des poss. ordinarium zum summarium aus. Namentlich trennte man beide ganz von einander, betrachtete das poss. summarium als einen selbstständigen Besitzproceß und öffnete so den Mißverständnissen die Thür. Es entstand jetzt die Ansicht, daß im poss. ordinarium der ältere Besitz den eigentlichen Klaggrund bilde, und daß in demselben über Alter und Rechtmäßigkeit des Besitzes, im poss. summarium aber über den jüngsten Besitz gestritten werde[596]). Den Mittelpunkt dieser Darstellung bildet das poss. summarium, während das poss. ordinarium nur nebenher in Betracht kommt. Dagegen ist mit Delbrück vielmehr das umgekehrte Verhältniß zu beobachten. Es ist dabei erweislich, daß die Grundlage jener späteren Auffassung schon in der frühesten Zeit sich findet und daß die Geschichte des poss. ordinarium nach dieser Seite hin einen völlig selbstständigen Charakter hat. Die nachfolgende Darstellung ergiebt folgende Sätze: 1) Unter dem poss. ordinarium verstand man: a) einen possessorischen Proceß, nämlich die ordentliche Verhandlung des interdictum uti possidetis; b) einen petitorischen Proceß, nämlich die Verhandlung der dinglichen Klage des teutschen Rechtes. 2) Unter poss. summarium wurde verstanden: a) im Gegensatze zu jener petitorischen Klage: das interdictum uti possidetis; b) im Gegensatze zu jener possessorischen Klage: ein eigenthümliches processualisches Institut neueren Ursprunges. 3) Es fehlte das Bewußtsein dieser Unterschiede, und dieser Mangel hat die ganze Lehre von vornherein verwirrt. „Es kommt," sagt Puchta[597]), „ein doppeltes System in Beziehung auf das Verhältniß des possessorium ordinarium und summarium vor: 1) das p. o. ist das römische interdictum uti possidetis, das summarium ein bloßes Provisorium in der dargestellten Art; dies ist als die gemeinrechtliche Gestalt der Sache zu betrachten: 2) das poss. summ. ist das eigentliche Possessorium, das interdictum retinendae possessionis, aus dem gegenwärtigen (jüngsten) einfachen, juristischen Besitze; das poss. ord. dagegen setzt einen Titel für den Besitz voraus und ist also der actio Publiciana analog, d. h. es ist gar kein interd. ret. poss. mehr, sondern eine provisorische Vindication; diese Gestalt hat man der Sache in Sachsen gegeben." Diese letztere, angeblich auf Sachsen beschränkte Auffassung hat nun Delbrück zum Gegenstande einer Untersuchung gemacht und deren Entstehung und Verbreitung geschichtlich verfolgt und erklärt, und als Resultat hingestellt, daß hier nicht blos ein particularrechtliches, sondern ein gemeinrechtliches Institut vorliege. b) Im Mittelalter. Nach dem früher Bemerkten legte man in das interdictum uti possidetis die teutsche Klage, ohne daß es doch aufhörte, zugleich ein possessorisches Rechtsmittel zu sein. Jetzt erscheint dies unmöglich, da beide Klagen

595) Bruns a. a. O. §. 33.
596) Bruns a. a. O. §. 44.
597) Pandekten §. 133, N. k.

in dem auffälligsten Gegensatze zu einander stehen; die teutsche Klage beruht auf älterem Besitze, das Interdict auf gegenwärtigem Besitze; jene geht gegen jeden Besitzer, dieses gegen die Person des Störers. Das Unglaubliche wurde durch Anwendung des Civilbesitzes in dem vorher entwickelten Sinne und durch eine Präsumtion möglich. Man sagte: wenn der ehemalige Besitzer nicht aufgehört hat, noch gegenwärtig Besitzer sein zu wollen, so ist er noch jetzt Civilbesitzer, also gegenwärtiger Besitzer, und wenn der Naturalbesitzer jüngerer Besitzer ist, so muß vermuthet werden, daß sein Besitz fehlerhaft, namentlich ein heimlicher ist. Diese Präsumtion findet sich schon bei den Glossatoren und namentlich in der Praxis zu deren Zeit. Sie kommt vor bei Placantinus nach dem Zeugnisse von Roffredus[598]), Jac. Balduini, wie Durantis[599]) bemerkt; auch in der Accursischen Glosse, aber in Bezug auf possessio vacua[600]). Die Glosse zu den Decretalen scheint sie nicht anzuerkennen[601]); ganz entschieden erklären sich Innocenz[602]) und Hostiensis[603]) für dieselbe. Gleichwohl verschwand noch nicht die mißbilligende Ansicht; namentlich findet sich solche bei Durantis[604]). Erst durch die Auctorität des Bartolus[605]), welcher die Ansicht des Durantis mit der entgegenstehenden zu vereinigen wußte, wurde das Dogma festgestellt. Bei Bartolus ist die ausdrückliche Bezugnahme auf das kanonische Recht und namentlich auf cap. 9. X. de probat., welches seitdem meistens als Quelle des Satzes gilt, zu bemerken. Von nun an stand jene Präsumtion Jahrhunderte lang fest und wurde sehr häufig angewendet[606]). Infolge dieser Vermuthung war es möglich, die Grundsätze des römischen Interdictes scheinbar beizubehalten, unter Umständen aber einen ganz anderen Sinn hineinzulegen. Das Interdict war nun nach beiden Seiten hin anwendbar; war Kläger wirklicher Besitzer, so kam einfach das römische Recht zur Anwendung; war er aber nicht mehr Besitzer, so stellte er ebenfalls das römische Interdict zur Wiedererlangung des Besitzes an. Vermochte er nämlich den ehemaligen Besitz zu beweisen, so konnte er behaupten, auch noch gegenwärtig Besitzer, nämlich Civilbesitzer, zu sein, und dann mußte ihm der Beklagte, als jüngerer Besitzer, weichen. In dieser Weise wurde die Sache wirklich aufgefaßt in der Glosse zu dem römischen Rechte[607]). Aus deren Aussprüchen ergiebt sich, daß man

598) Tr. iud. de interd. U. P. nr. 4.
599) Spec. iur. Lib. II. Tit. de pet. poss. et spol. §. 1. nr 33.
600) Gl. longa zu §. 7. Inst. de usucap. (II. 6.)
601) Gl. diutius zu cap. 15. X. de restit. spol. (II. 13.)
602) Zu cap. 9. X. de probat. (II. 19.)
603) Zu cap. 9. cit.
604) Spec. iur. II. Tit. de petit. poss. et spol. §. 1. nr. 33.
605) Zu L. 1. §. ult. D. 43. 17. nr. 18. Die Stelle steht bei Delbrück a. a. O. S. 115.
606) S. die Citate bei Delbrück a. a. O. S. 116, N. 8.
607) Gl. non clam zu L. 6. D. de acq. poss. Gl. zu L. 8. eod. Gl. Vincetur

vermöge des fingirten Civilbesitzes bereits dahin gekommen war, dem ehemaligen Besitzer, d. h. dem Nichtbesitzer, das Interdict zu geben und ihm zu verstatten, damit Restitution des Besitzes zu verlangen; ja daß man dieses Rechtsmittel sogar gegen den dritten Besitzer gestattete. Damit war der Boden des römischen Rechtes vollständig verlassen und die Bahn für die ganze spätere Entwickelung gebrochen; indeß gingen alle Consequenzen erst später, namentlich auf Grund päbstlicher Entscheidungen, in die Theorie über. Es kommt nun hier das berühmte c. licet causam (cap. 9. X. de probat. (II. 19.)) eine Entscheidung des Pabstes Innocenz III. vom J. 1207 in Betracht[608]). Eine Gemeinde und eine Kirche stritten über die Gerichtsbarkeit[609]) in einem Bezirke. Beide Theile hatten sich auf langjährigen Besitz des Rechtes berufen. Der Pabst entscheidet zu Gunsten der Kirche, weil sie schon seit 60 Jahren, die Gemeinde aber erst seit 50 Jahren Besitzhandlungen ausgeübt habe. Es müssen zunächst diejenigen Stücke ausgeschieden werden, welche hier nicht interessiren. Vorerst werden Regeln über Führung und Prüfung eines Zeugenbeweises gegeben; namentlich wird gesagt, daß für den Theil zu erkennen sei, welcher mehrere und bessere Zeugen als der Gegentheil vorführen könne. Dieser Grundsatz ist weder neu, noch dem Interdicte oder der dinglichen Klage eigenthümlich; er findet auf alle Klagen und auf alle Processe Anwendung. Sodann wird eine berühmte Streitfrage der damaligen Zeit berührt. Die Streitfrage war die, was der Richter zu thun habe, wenn beide Theile Besitz bewiesen hätten. Einige wollten den Kläger abweisen, Andere wollten das Loos entscheiden lassen oder theilen, was augenscheinlich eine Nachwirkung des früher angedeuteten germanischen Rechtes ist; die vorherrschende Meinung aber war, der Richter solle sich darauf beschränken, zu erkennen, uti possidetis, ita possideatis, um so einen Theil zur Anstellung des Petitorium zu nöthigen. Der Pabst hält den vorliegenden Fall nicht für geeignet, den Schritt zu einem solchen Nothbehelf zu veranlassen: in hoc casu non sic esse locum interdicto Uti possidetis, ut dicere debeamus „uti possidetis, ita possideatis," cum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior. Zum Verständniß der Entscheidung selbst und ihres Grundes ist zunächst zu untersuchen, welche Natur der Rechtsstreit gehabt hat. So wenig darüber mitgetheilt wird, so ist es doch gerade hinreichend, um mit Sicherheit zu erkennen, daß es nicht eine Besitzklage im wahren Sinne des Wortes war, um welche es sich handelte. Es heißt im Eingange:

---

zu L. 3. D. uti poss. (43. 17.). Die Stellen sind abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 116, 117.

608) Vgl. Savigny, Recht des Besitzes S. 645 flg. Bruns, Recht des Besitzes S. 182 flg. Andeutungen in dem Sinne der hier gegebenen Erklärung giebt Zöpfl, das alte Bamberger Recht S. 207.

609) Districtus ist Gerichtsbann. Duncker, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. II, S. 92 flg. Bruns, Recht des Besitzes S. 205.

causa, quae vertitur inter ecclesiam R. et commune F. super iurisdictione, honore ac districtu in villa etc. quod d e i u r e a d s e s p e c t a r e dicta ecclesia proponebat, und am Schlusse: cum ... oeconomus ecclesiae petierit, a vi turbativa et inquietativa[610]) super praemissis commune F. prohiberi ... commune ... condemnamus ... ut neque per se, neque per alios ... praesumat ecclesiam ... molestare. Die Kirche war also als Klägerin aufgetreten und hatte mit der Behauptung, daß ihr das streitige Recht zustehe, den Antrag gestellt, der Gemeinde jeden Eingriff in die Gerichtsbarkeit zu verbieten. Hiernach ist ohne Zweifel eine Klage in Frage, welche heutzutage als eine petitorische angesehen werden würde. Freilich sagt der Pabst: locum esse interdicto uti possidetis, und fügt der Verurtheilung die beschränkende Clausel hinzu: quoad possessorium iudicium, de quo tantummodo actum est. Das Interdict hatte aber nach dem früher Bemerkten eine doppelte Function und mußte ebensowohl für Besitzklagen als für dingliche Klagen dienen; ebenso wurde damals jede auf Restitution des Besitzes und noch vielmehr jede auf Untersagung von Störungen des Besitzes gerichtete Klage eine possessorische genannt, sofern nur nicht der Antrag auf Anerkennung des Rechtes gerichtet war. Es kann also auch keine Rede davon sein, daß etwa jene Auffassung, selbst wenn sie irrig wäre, gesetzlich sanctionirt sei; der Irrthum fällt vielmehr auf die Juristen der neuesten Zeit, welche diesen Sprachgebrauch nicht erkannt haben, zurück. Deshalb ist auch in der ganzen Stelle niemals vom gegenwärtigen Besitze die Rede; vielmehr wird alles Gewicht auf den Anfang und das Alter desselben gelegt; gerade von der klagenden Kirche wird gesagt: ostendit, quod possedit, nicht possidet, und: possessionem ipsius iustam fuisse, nicht esse. Deshalb ist ferner von der Zeit und Art der Besitzstörung, welche eine Besitzklage hätte begründen können, kein Wort zu finden, was namentlich wegen der Einrede der Verjährung erheblich gewesen wäre. Auch darüber, aus welchem Grunde die Kirche den Sieg davon trug, bleibt kein Zweifel übrig. Ostendit, quod a LX annis et citra possedit, während die Gemeinde erst seit 50 Jahren Besitzhandlungen ausgeübt hatte. Der ältere Besitz bildet den Entscheidungsgrund. Es ist hier also eine in der Rechtssitte begründete Anwendung des germanischen Grundsatzes, daß die ältere Gewere vorgehe; daß der Pabst neues Recht habe schaffen wollen, ist nicht anzunehmen. Außerdem wird auch auf den Titel des Besitzes Rücksicht genommen. Dies beweist nur noch mehr die petitorische Natur des Rechtsstreites; der Pabst hat aber den Titel nicht als nothwendiges Erforderniß der Klage angesehen. „Patet, heißt es, quod Farentini ... procul dubio sine iusto titulo percipere inceperunt, ... maxime cum iustum possessionis titulum non ostendant et ex privilegiis ecclesiae ...... evidentissime colligatur, possessionem ipsius iustam

610) D. h. Besitzstörungen; vgl. Gl. Persecutio zu L. 1. C. de his, quae vi II. 19. (20.))

luisse. Der Pabst untersucht nur, ob die Gemeinde einen Titel habe und entscheidet sich unter anderem deshalb dagegen, weil ja die Kirche Privilegien aufgewiesen habe. Hieraus läßt sich nun schließen, daß der Pabst die Einrede des Titels zugelassen haben würde, nicht aber, daß er den Titel zur Begründung der Klage für nothwendig hielt. Das Bedenken, was aufgeworfen worden ist, wie der Pabst habe übersehen können, daß der Kirche die Ersitzung zur Seite stehe [611]), erledigt sich dadurch, daß der Besitz der Kirche in den letzten 50 Jahren gestört und unterbrochen genannt werden konnte, so daß es an einem gehörig qualificirten Besitze während der ganzen Dauer der Verjährungszeit fehlte. Die Annahme, daß der Pabst kein neues Recht geschaffen habe oder habe schaffen wollen, wird auch noch durch einen bischöflichen Urtheilsspruch, ungefähr aus dem J. 1170, also aus der Zeit vor Erlaß jener pabstlichen Entscheidung unterstützt, in welchem es heißt: et cum ... cognovissem, Ecclesiam de Cella horum novalium decimationem possedisse, Comites ad restituendam eam partem possessionis decimationum istorum novalium, quam ipsi tenent, condemno [612]). Obgleich nicht ausdrücklich gesagt wird, daß die klagende Kirche mit dem Interdicte aufgetreten sei, so ist dies doch sehr wahrscheinlich. Für die klagende Kirche wird aber blos deshalb erkannt, weil sie vor der Beklagten besessen hat. Das cap. 9. X. de probat. bezieht sich also auf die dingliche Klage des teutschen Rechtes und gewährt für dieselbe einen nicht zu bestreitenden gesetzlichen Anhalt. Dagegen ist die bisherige Beziehung der Stelle auf das Interdict aufzugeben und damit auch zugleich die seit Böhmer und Savigny gangbare Erklärung: der gegenwärtige Besitz sei streitig gewesen und anscheinend von beiden Theilen bewiesen worden; in dieser Verlegenheit habe nun der Pabst auf größere Zeugenanzahl, höheres Alter und Titel des Besitzes Rücksicht genommen, aber nur, weil sich aus diesen Umständen folgern lasse, daß der scheinbar erwiesene Besitz des Gegners kein wirklicher Besitz gewesen sei; eine Auslegung, welche eben so sehr den Worten der Stelle, welche des gegenwärtigen Besitzstandes nicht die mindeste Erwähnung thun, als der Theorie der damaligen Zeit widerspricht. Die Theorie der damaligen Zeit anlangend, so sind zunächst aus der Glosse einzelne Bruchstücke zu beachten [613]). Diese stimmen ganz zu dem Bisherigen, selbst die letzte der in der Note angeführten Stellen, auf welche die herrschende Meinung mit gestützt worden ist. Man bemerkt in dieser Stelle zunächst eine auffallende Verwirrung. Der Text giebt nur zu der Frage Veranlassung, warum die verklagte Gemeinde eines Titels bedürfe, und diese Frage wird denn auch zu Anfang und am Ende der Stelle behandelt. In der

611) Gönner, Hdbch. des gem. teutschen bürgerl. Processes Bd. 4, Nr. 81, §. 10. Heerwart, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 169.

612) Meichelbeck, histor. Frising. t. I. p. instr. n. 1348. pr. 562.

613) Gl. uti poss. Gl. Potiores. Gl. Titulum zu cap. 9. X. de probat. (II. 19.) Die Stellen sind abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 122.

Mitte wird aber bei dem Worte propter die ganz andere Frage eingeschoben, ob der Kläger eines Titels bedürfe. Nach dieser Vorerinnerung ist der Sinn der Glosse in folgender Weise zu bestimmen. Der Beklagte bedarf eines Titels; denn vom jüngeren Besitzer wird vermuthet, daß er aut vi, aut clam, aut precario vom Gegner besitze; diese Vermuthung aber fällt weg, wenn er einen Titel beweist. Der Kläger bedarf keines Titels, weil den älteren Besitzer diese nachtheilige Vermuthung nicht trifft und das Interdict an sich den Beweis der iusta possessio nicht verlangt. Weit bestimmter treten schon die beiden Commentatoren der Decretalen, Innocenz IV. und Hostiensis, auf. Beide heben entschieden hervor, daß der ältere Besitz den Ausschlag gebe[614]). Hieran knüpft sich ganz natürlich die Frage, ob nicht die Kirche ein remedium recuperandae possessionis hätte gebrauchen müssen. Beide sind darüber einverstanden, daß dies an sich zulässig gewesen wäre, daß aber auch das interd. uti possidetis Platz greife[615]). Als Grund, warum, wenn der ältere Besitz Klaggrund ist, die Kirche sich auf einen Titel stütze, wird von Innocenz angegeben, daß dies der Klugheit gemäß sei, wenn etwa die Beklagte älteren Besitz nachwiese, von Hostiensis, daß dies doch zur Unterstützung gereichen könne[616]). Beiden endlich tritt der Gesichtspunkt des Petitoriums nahe; Innocenz bemerkt, daß die Kirche die actio negatoria habe anstellen können, und Hostiensis sagt zu den Worten des Textes ad se spectare: per hoc videtur petitorium intentare, sed contrarium est, quia solum possessorium intentavit. Es verging aber noch einige Zeit, ehe die auf germanischer Grundlage beruhende und in den päbstlichen Entscheidungen schon hervortretende Praxis sich in der civilistischen Theorie Geltung verschaffte. Durantis[617]) befindet sich noch auf römischem Standpunkte. Bartolus brach auch hier wieder die Bahn. Ein Verständniß der germanischen Grundlage ist natürlich bei ihm nicht zu erwarten; vielmehr ist er in vollem Einklange mit den Digesten und stellt bei dem interd. uti possidetis den Satz an die Spitze, daß der Kläger gegenwärtiger Besitzer sein müsse[618]); allein vermittelst des Civilbesitzes und der Präsumtion gelangt er zu dem entgegengesetzten Resultate. Er sagt: duo possunt in solidum possidere diverso iure, unus civiliter, alter naturaliter .... et iuste vel iniuste .... ille, qui possidet iuste, per hoc interdictum recuperat possessionem, quam alius habet iniuste .... hoc interdictum, licet sit retinendae possessionis, tamen aliquando in consequentia est recuperandae[619]). Es

614) Hostiensis zu cap. 9. X. de probat. §. ex praemissis. Innocenz ad cap. cit. nr. 5.

615) Innocenz Nr. 6. Hostiensis §. iusto titulo.

616) Innocenz Nr. 6 u. 7. Hostiensis §. ex praemissis.

617) Spec. iur. Lib. IV. de causa poss. et propr. §. 1. nr. 6 sq.

618) Zu L. 1. §. ult. D. uti possid. nr. 18. und zu L. 6. D. de acquir. poss. nr. 6.

619) Zu L. 3. D. 43. 17. nr. 1.

galt nun, diesen allgemeinen Satz, daß das Interdict zuweilen recuperatorischer Natur sei, näher zu bestimmen und mit dem römischen Rechte in Einklang zu bringen. Hierzu war große Auslegungskunst nöthig. Es wurden verschiedene Wege eingeschlagen. Einmal sagte man so: wer sich von seinem Grundstücke entfernt, verliert dadurch den Naturalbesitz, bleibt aber Civilbesitzer; wird das Grundstück während seiner Abwesenheit occupirt, so verliert er auch den Civilbesitz, wenn er nach seiner Rückkehr nicht zugelassen wird oder aus Furcht vor Widerstand nicht versucht, den Eingedrungenen zu vertreiben (L. 25. §. 2. D. 46. 2.); allein nun kann er den verlorenen Civilbesitz mit dem interd. unde vi wieder erlangen und alsdann als gegenwärtiger Civilbesitzer das interd. uti possidetis zur Hand nehmen. Diesen Ausweg deutet schon die Glosse[620]) an und Bartolus[621]) nimmt ihn auf; er hilft aber noch auf andere Weise: rediens non suspicor me posse repelli, nec tamen volo eum violenter expellere, quia nolo esse autor alicuius mali .... non perdo possessionem, cum non suspicor me repelli[622]). Ich kann mir also den Besitz erhalten, wenn ich nur nicht zugestehe, Besorgniß gehabt zu haben. Für die Praxis mochte aber der dritte Ausweg der beste sein, welcher in jedem einzelnen Falle in der möglichsten Verhüllung der Thatsache, daß der Kläger aufgehört habe, zu besitzen, bestand. Nach der Lehre des Bartolus nämlich hatte der Kläger nicht nöthig anzugeben, ob er Civil- oder Naturalbesitzer sei, außer wenn der Beklagte ein bestimmtes Interesse, dies zu erfahren, erwies; ebenso brauchte der Kläger Zeit, Ort und Natur der Turbation nicht anzugeben[623]). Der Kläger durfte also seine Behauptungen so unbestimmt und allgemein wie möglich halten. Es kam ihm dies auf folgende Weise zu Statten. Wenn beide Theile sich auf Besitz stützen, so soll der siegen, welcher den älteren Besitz nachweisen kann, weil der jüngere Besitz als fehlerhaft angesehen wird. Diese Vermuthung schlägt durch; mit Hilfe derselben konnte der Kläger, wenn er nur älteren Besitz darthat, die Erforderniße der Klage, nämlich gegenwärtigen (Civil-) Besitz und Störung auf dem Wege der Folgerung darthun. Konnten beide einen gleich alten Besitz beweisen, so entschied der Titel, quia ille, qui habet titulum, habet potiora iura. Hatten beide einen Titel, so wollte Bartolus zur Theilung schreiten[624]). Findet sich so schon bei Bartolus das Alter des Besitzes als eigentlicher, obschon künstlich versteckter Klaggrund, so ist es umsoweniger auffallend, wenn er nach dem Vorgange der Glosse das Interdict auch gegen den dritten Besitzer verstattet. Dem von der Glosse angegebenen Grunde, daß der Nachfolger nicht besser daran sein solle als der Auctor, fügt er noch den hinzu: quia omnia interdicta excepto

620) Gl. Si duo zu L. 3. D. uti possid.
621) Zu L. 6. D. de poss. §. qui ad nundinas nr. 4.
622) Zu der citirten Stelle Nr. 4.
623) Gl. non clam zu L. 6. D. de acquir. poss
624) Zu L. 3. D. uti possid. nr. 4. 5.

U. V. sunt in rem scripta. Auch verstattet er, selbst den bonae fidei possessor auf diese Weise in Anspruch zu nehmen[625]). Die Nachfolger des Bartolus nahmen diese Lehre an und verbreiteten sie weiter. Baldus sagt an einer Stelle: si probatur de antiqua possessione per me et de recenti possessione per te, cum ego de praesenti possessione non probem, necessario succumbam[626]). Wenn er auch somit den Vorzug des älteren Besitzes nicht anzuerkennen scheint, so ergiebt doch der Zusammenhang seiner Darstellung an einem anderen Orte, daß er mit dem gegenwärtigen Besitze, dessen Beweis verlangt wird, den Civilbesitz in dem bereits entwickelten Sinne meint[627]). Darüber, warum es sich hauptsächlich fragt, was es eigentlich mit dem Beweise des fortgesetzten und noch gegenwärtigen Civilbesitzes neben dem Beweise des älteren Besitzes auf sich habe, spricht sich Joh. Faber, ein Zeitgenosse des Baldus, bestimmt und klar aus. Auch er verlangt auf Seiten des Klägers einerseits älteren, andererseits gegenwärtigen Besitz, begnügt sich aber in letzterer Beziehung mit Civilbesitz und rathet dem Kläger, immer nur gegenwärtigen Civilbesitz zu behaupten, wenn er nicht etwa den körperlichen Besitz der Sache bei dem Anfange des Processes noch wirklich habe[628]). Kläger hat nach ihm nur älteren Besitz zu beweisen und daneben Fortdauer des Civilbesitzes zu behaupten; der Gegner hat das Aufhören des letzteren darzuthun, welcher Gegenbeweis darauf gerichtet ist, daß Kläger den animus possidendi aufgegeben habe. Die Behauptung des gegenwärtigen Besitzes ist also ein bloßer Schein, welcher wegen des Zusammenhanges mit dem römischen Rechte aufrecht erhalten wird. Daß das Interdict, je nachdem es auf gegenwärtigen oder älteren Besitz gestützt wird, eine ganz verschiedene Natur habe, sagt schon Baldus, wenn er sagt: causa autem est duplex, vel quod ipse possidet et adversarius non possidet, vel quod agens iustius possidet; nam iustificata possessio ceteris paribus improbam vincit possessionem[629]). Unter der iustificata possessio aber versteht er richtig bald blos den älteren Besitz: praesumitur habere iustiorem causam ille, qui praetendit antiquiorem possessionem[630]), bald den titulirten Besitz, wenn nämlich Beklagter den älteren Besitz bewies oder der Beweis auf beiden Seiten gleich stark war: titulus iustificat possessionem et ideo iustior praevalet possessor. Et ideo articuli de proprietate vel titulo non sunt impertinentes[631]). Es wird also der ältere Besitzer dem gegenwärtigen und der titulirte Besitzer dem älteren vorgezogen, letzterer jedoch

625) Zu L. 3. D. uti possid. nr. 2. 3.

626) Ad Cod. Uti possid. nr. 10.

627) Siehe die bei Delbrück a. a. O. S. 127 abgedruckte Stelle aus Baldus, Addit. zum Spec. iur. II. tit. de pet. poss. et spol.

628) Faber ad Inst. de interd. §. Retin. nr. 21. 22. Die Stelle ist abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 127.

629) Baldus, Disput. Accusatus §. sexto quaeritur.

630) Margarita Baldi loco repertorii Innocentii super Decretal.

631) Disput. Accusatus §. secundo casu.

mit einer Beschränkung: nisi esset titulus quaesitus post possessionem adversarii, quem credo non patrocinari quaerenti, alias de facili quis supponeret quendam, a quo emeret et fingeret, se titulo possidere[632]). Auch Petrus de Ferrariis hat in seiner berühmten Practica die Grundsätze des Bartolus und Baldus. Besonders interessant ist ein Rechtsgutachten des Paul de Castro[633]). Die Beklagten besitzen seit mehreren Jahren einen Berg; Kläger klagen, gestützt auf ehemaligen Besitz, mit dem interd. uti possidetis, und beantragen, den Beklagten fernere Besitzstörungen zu untersagen und sie zur Erstattung der Früchte zu verurtheilen. Der erste Richter hatte die Klage als inept verworfen, weil Kläger selbst zugebe, jetzt nicht zu besitzen, das Interdict aber gegenwärtigen Besitz voraussetze. Paul de Castro ist anderer Meinung: ille, qui habet civilem iustam, dicitur turbari in ea per illum, qui habet naturalem iniustam. Ideo potest agere contra illum, qui habet naturalem iniustam, Int. U. P., ut desistat a turbatione, cuius iudicii exitus sic erit, ut ille condemnetur ad restituendum naturalis .... nec per hoc quod agit, censetur suspicatus, se posse repelli, et sic civilem non perdit. Auch den Erben wurde gestattet, auf Grund des älteren Besitzes des Erblassers gegen den gegenwärtigen Besitzer zu klagen[634]). Es bedarf keiner weiteren Anführung von Zeugnissen aus dem Mittelalter. Menochi hat die ganze Arbeit des Mittelalters auf diesem Gebiete am Schlusse der Periode in seinen Commentarien de retinenda possessione, wovon die erste Ausgabe 1557 erschien, zusammengefaßt und dargestellt. Seine Lehre läßt sich, soweit sie hier interessirt, auf folgende Punkte zurückführen: 1) Nur der gegenwärtige Besitzer kann das Interdict anstellen, also namentlich nicht der Spoliirte (Nr. 356—358, 732). 2) Kläger hat eine Störung in seinem Besitze durch den Beklagten zu behaupten und zu beweisen (Nr. 559). Soweit stimmt Alles mit dem römischen Rechte überein. Nun wird aber der „Civilbesitz“ herbeigeholt und damit der teutschen Klage die Thür geöffnet. Es werden nämlich folgende Sätze aufgestellt. 3) Auch dem bloßen Civilbesitzer steht die Klage zu (Nr. 22). Zur möglichsten Erleichterung wird dem Kläger gestattet, sich ganz allgemein zu halten; erst auf motivirtes Befragen des Beklagten ist er verbunden, sich darüber zu erklären, ob er Civil- oder Naturalbesitz behaupte (Nr. 437). Wer Civilbesitzer sei, wird mehr vorausgesetzt als gesagt. Aus folgenden Sätzen geht aber genügend hervor, daß Menochi vollständig auf dem früher geschilderten Standpunkte steht und noch über denselben hinausgeht. Quaero tertio, quid, si vi a naturali possessione deiectus atque spoliatus civilem retinet: an experiri hoc interdicto poterit? Et dicendum est, posse, cum per eam spoliationem perturbari dicatur in ea civili, quam habet (Nr. 35). Desgl.: Qui ergo naturali spoliatus fuit, cum civilem

632) Baldus l. c.
633) Consilia II. 234.
634) Alex. Tartagnus, Consil. III. 33. i. f.

retinuerit, agere interdicto Unde vi potest nomine naturalis amissae et Uti possidetis pro civili retenta (Nr. 507). Die Aelteren, namentlich Bartolus, verfuhren nach dem früher Bemerkten in Bezug auf diesen Punkt mit großer Scheu und zogen, da das römische Recht den Verlust des Besitzes im Falle der Dejection bestimmt ausspricht, es vor, auf Umwegen zum Ziele zu kommen. Im Laufe der Zeit hatte man dies wohl durchschaut und nahm daher keinen Anstand, auch dem Entsetzten die Klage zu verstatten, wenn er nur behaupten konnte, den Civilbesitz nicht aufgegeben zu haben (vgl. Nr. 731, 732). Dies erinnert unmittelbar an die Stellen der älteren teutschen Rechtsquellen, welche vom Entwerten sagen, er sei nicht entwert. 4) Insoweit ist daher das Interdict recuperatorischer Natur (Nr. 26, 506). Est recuperandae respectu naturalis, quam adversarius obtinet. 5) In diesem Falle ist Beklagter der gegenwärtige Besitzer. Dieses Verhältniß gilt so sehr als das natürliche, daß man sich vielmehr umgekehrt ausführlich nachzuweisen bemüht, es könne auch derjenige belangt werden, welcher nicht besitze, aber doch in irgend einer Weise störe (Nr. 290). 6) Der Beweis einer Störung liegt dann dem Kläger nicht ob; denn die Weigerung des Beklagten, dem Kläger den Naturalbesitz zu restituiren, ja das bloße Bestreiten des klägerischen Civilbesitzes ist Störung (Nr. 467 flg., 604, 559): turbatio de praesenti, superveniens, fundat passive iudicium. 7) Die Klage geht auch gegen den dritten Besitzer (Nr. 302—305, 604). Die Gründe sind fast wörtlich dieselben wie bei Bartolus. 8) Der Civilbesitzer, d. h. der ehemalige Besitzer trägt gegen den Naturalbesitzer, d. h. den gegenwärtigen Besitzer, den Sieg schon wegen des älteren Besitzes davon (Nr. 588, 604, 725). 9) Die Berufung auf älteren Besitz fällt weg, wenn Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben hat (Nr. 726, 731, 732). 10) Kann dies dem Kläger nicht nachgewiesen werden, so muß ihm als älterem Besitzer sogar der gegenwärtige titulirte Besitzer weichen (Nr. 728). 11) Durch den Beweis des Eigenthums von Seiten des Beklagten wird die auf älteren Besitz gegründete Klage ausgeschlossen (Nr. 692). c) In der neueren Zeit. In Teutschland ist, wie bemerkt, nicht das reine römische Recht, sondern das gemeine Recht, wie es sich unter den Händen der Italiener gebildet hatte, angenommen worden. Die ersten teutschen Bearbeiter scheinen zwar weniger gemeines als römisches Recht zu geben, wie namentlich Tengler's und Brand's Laien- und Klagspiegel in den Titeln über „gewaltige Entwörung" und „von betrüb oder irr im Besi". Es läßt sich aber daraus hinsichtlich der Praxis umsoweniger etwas folgern, als ja die Italiener das römische Recht stets voranzustellen und ihre eigene Rechtsdogmatik als Folgesätze anzuschließen pflegen, so daß, wer oberflächlich und flüchtig ausschrieb, gar nicht bis zu dem, was eigentlich Rechtens war, vordringen mochte. Was insbesondre den Civilbesitz und das poss. ordinarium betrifft, so war die Lehre der Italiener im Laufe des 16. Jahrhunderts in Teutschland die herrschende. Sie wird vor-

getragen von Gabler[635]). Hiernach geht der Civilbesitz nicht verloren, wenn uns der Besitz wider Willen entzogen wird, und ist Rechtsgrund der Wiedererlangung. Diesen Ansichten folgte auch das Reichskammergericht[636]). Die Kammergerichtsordnung von 1555 Th. II, Tit. 21 betr. die „strittige Possession" §. 3 in den Worten „biß zu endlichem außtrag des Rechtens in possessorio oder petitorio" weist darauf hin. Das Reichskammergericht neigte sich sogar dahin, das poss. ordinarium mit dem Petitorium auf Grund dieser Worte der KGO. zu identificiren, und es ist eine Entscheidung von 1583 bekannt, wo eine Partei auf Grund ihres Titels im poss. ordinarium den Sieg davon trug[637]). Schon machte sich aber auch der Einfluß der eleganten Schule geltend, welche im poss. ordinarium blos die Verhandlung des römischen Interdictes sehen und weder Alter, noch Titel berücksichtigt wissen wollte. Hier sind besonders hervorzuheben Giphonius[638]) und Peter Frider, nach seiner Herkunft gewöhnlich Mindanus genannt. Letzterer ist einer der heftigsten Gegner des poss. ordinarium, erkennt aber dabei dessen wahre Natur richtiger nicht nur als alle seine Nachfolger, sondern auch als die Vertheidiger dieses Institutes selbst. Zunächst beschreibt er das von ihm bekämpfte Institut ganz im Geiste der Italiener[639]). Auch dem Dejicirten giebt man, so berichtet er weiter, das Interdict, wenn nur er den animus retinendi nicht aufgegeben hat, possessio enim civilis nihil aliud est, quam possessio iuris, qua quis iure incumbit[640]). Es kann deshalb Restitution des Naturalbesitzes auch vom dritten redlichen Besitzer verlangt werden[641]). Sodann erklärt er aber unumwunden, die Klage sei eine petitorische[642]). Seine Stimme verhallte in doppelter Beziehung; er verdrängte weder die Rücksicht auf Alter und Titel aus dem Interdicte, noch beachtete man seinen Wink hinsichtlich der petitorischen Natur des poss. ordinarium. Sein Zeitgenosse Wesenbec trug sehr ausführlich und nicht ohne Polemik die Grundsätze der Italiener vor[643]). Indessen war gegen das Ende des 16. und zu Anfang des 17. Jahrhunderts infolge jener Angriffe, neben welchen noch Sarmiento[644]), Perez[645]) und Gonzalez Tel-

635) Rechtsspiegel (1558) Th. V. Von Besitz und Gewehre. Die Stelle ist abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 134.

636) Gaill († 1587), de pace publica I. 16. nr. 16. Derselbe, de pignerationibus 22. nr. 8 sq. Er nennt als seine Gewährsmänner Bartolus, Baldus, die italienischen Praktiker, auch Menochi.

637) Gönner, jurist. Abhandl. Bd. 1, S. 50—58 u. Handb. des Processes Bd. 4, S. 471 vgl. mit S. 473.

638) Explan. Lib. VIII. Tit. 6.

639) Comm. de Interdictis Tit. VII.

640) Ebd. Nr. 27, 37.

641) Ebd. Nr. 33, 34.

642) Comm. 13. nr. 28. 52. 55.

643) Comm. in Pand. olim Paratitla ad lib. 43 tit. 17. nr. 5. 6.

644) Select. interpret. II. 13.

645) Praelect. in Cod. VIII. 6. bes. nr. 7.

lez[646]) zu nennen sind, eine Krisis eingetreten, welche vielleicht dem poss. ordinarium der Italiener ein Ende gemacht hätte, wenn nicht um jene Zeit der Norden Teutschlands in der sächsischen Rechtsschule und in Mevius zu einem selbstständigen, wesentlich auf teutscher Grundlage beruhenden wissenschaftlichen Rechtsbewußtsein erwacht wäre, und diese nicht allein für den Norden und in particularistischer Weise, sondern durch ihren bald überwiegenden und die ganze neuere, namentlich teutsche Rechtswissenschaft beherrschenden Einfluß die in Gestalt des poss. ordinarium aufgetretene teutsche Klage für das gemeine Recht erhalten hätten. Es kam diesen Juristen dabei sehr zu Statten, daß sie die Italiener auf ihrer Seite hatten. Noch schwankend ist Benedict Carpzov († 1666); er polemisirt zwar gegen Frider und bezieht sich auf Bartolus, Baldus und andere Italiener, trägt aber doch deren Lehrsätze im möglichsten Anschlusse an das römische Recht vor und empfiehlt zwar das poss. ordinarium, aber mit einer gewissen Scheu[647]). Bestimmter tritt Mevius († 1670) auf; er faßt den früheren Besitzer als Civilbesitzer, ausgenommen: qui semel sponte ab illa (possessione) discedit, auf, giebt ihm das remed. retin. possess. und hat die Präsumtion für den älteren Besitz, wobei er mit den Italienern den Lehrsatz, der Kläger müsse auf seiner Seite Besitz und auf Seiten des Beklagten die Störung beweisen, festhält[648]). Aehnlich auch Brunnemann, welcher namentlich hinsichtlich des Civilbesitzes den Verlust nach Ablauf von 10 Jahren annimmt, innerhalb dieser Zeit aber denjenigen, qui animum retinendi se habuisse dicit, zum Eide darüber zuläßt[649]). Struv († 1692) trägt im Texte römisches Recht, in den Anmerkungen aber die Lehre der Italiener vor[650]). Diese Auctoritäten würden aber nicht hinreichend gewesen sein, die alte Lehre zu halten, wenn man nicht, den wiederholten Angriffen gegenüber, eine neue Position zu gewinnen gewußt hätte. Die Italiener und diejenigen, welche ihnen folgten, stützten den Vorzug des älteren Besitzes auf das römische Recht. Da dies leicht zu widerlegen war, so mußte man diese Stütze aufgeben und sich nach einer besseren umsehen. Eine solche bot das kanonische Recht, insbesondre das cap. 9. X. de probat. dar. Zwar hatten schon die Italiener sich ihrer bedient, aber im wesentlichen nur als bestätigender Auctorität; jetzt aber erblickte man in dem päbstlichen Rechte ein neues, das römische abändernde Recht. Einer der ersten, welcher in Bezug auf das poss. ordinarium diese Richtung nimmt, ist

646) Comm. in V. libr. Decretal. ad cap. 9. de probat. Er folgt jedoch den Italienern in vielen Punkten.

647) Proc. iur. I. 5. nr. 36. Iurisp. for. P. I. Const. 16. d. 24. nr. 2. P. II. Const. 33. d. 15. nr. 4. Decis. II. 7. dec. 12. nr. 8.

648) Decis. III. dec. 91. nr. 3. dec. 77. IV. dec. 392. nr. 4. VI. dec. 172. nr. 2. 3. VIII. dec. 449.

649) Comm. ad L. 3. u. 44. D. 41. 2. nr. 12—14. und ad L. 15. §. 4. D. 43. 26. desgl. Centur. 5. dec. 6. nr. 3.

650) Exerc. 45. §. 20. ε. δ.

Wesenbec († 1586), welcher zwar die Lehre der Italiener vorträgt, jedoch mit dem bemerkenswerthen Zusatze, Justinian verlange zwar Besitz zur Zeit der Litiscontestation: hodie tamen id non est necesse, cum qui antiquiorem possessionem edocet, victoria potiatur, velut iustiorem habens possessionis causam[651]). Ebenso lehren Wissenbach[652]) und Voet[653]), daß das römische Recht durch das kanonische Recht und die Praxis abgeändert sei. Unter den Teutschen ist einer der ersten, welche diesen Standpunkt einnehmen, Treutler († 1607)[654]), nach ihm sind Meier[655]) und Hahn[656]) zu nennen. Auch Schilter († 1705), welcher den Civilbesitz ein ius insistendi nennt, welches auf die Erben übergehe, und die Meinung Frider's und Meier's, daß das poss. ordinarium eigentlich ein Petitorium sei, bekämpft, weil er ersteres in seinem Bestande dadurch gefährdet glaubt, ist über die Bedeutung der neuen Richtung nicht völlig im klaren[657]). Stryk († 1710) leitet das poss. ordinarium, soweit die Qualität des Besitzes in Betracht kommt, aus dem römischen, soweit der Vorzug des älteren Besitzes entscheidend ist, aus dem kanonischen Rechte ab und trägt die Lehrsätze der Italiener in seinem usus modernus zwar nur mager, ausführlicher aber und mit allen Consequenzen in seinen kleineren Schriften vor[658]). Gegen diese Richtung machte sich die durch die elegante Schule begonnene Wiederherstellung des echten römischen Rechtes auf dem Gebiete des Possessoriums durch den Einfluß J. H. Böhmer's geltend. Seitdem laufen in Theorie und Praxis beide Richtungen, um die Herrschaft streitend, neben einander her. Böhmer († 1749) verwirft die civilis possessio in dem bisher geltenden Sinne, worin ihm Andere gefolgt sind, und erklärt das cap. 9. X. de probat. im wesentlichen ebenso wie noch heute Savigny und Bruns. Er verläßt dadurch freilich dem Princip nach den Boden der Italiener ganz, vermag sich aber von der fast fünfhundertjährigen Praxis und Anschauung nicht ganz loszusagen. Nach seiner Lehre handelt es sich im poss. ordinarium um Quantität und Qualität des Besitzes; letztere bezieht sich auf die drei römischen Besitzfehler, erstere auf den Vorzug des Alters, welcher aber nur in Betracht kommen soll, wenn Kläger neben dem älteren zugleich gegenwärtigen Besitz beweist; auch die Vermuthung gegen den jüngeren Besitz erkennt er an, aber in abgeschwächter Bedeutung; sie überhebt den Kläger des Beweises der Störung Seitens des Beklagten; die Einrede des Eigen-

---

651) Comm. in Pand. (olim. Paratitla) Lib. 43. Tit. 17. nr. 5.

652) Exerc. ad Pand. II. d. 24. nr. 6.

653) Comm. ad Pand. Lib. 43. Tit. 17. §. 5.

654) Disput. II. 25. nr. 3.

655) Coll. Argentor. III. 43. 1. not. 38.

656) Zu Wesenbec 43. 17. nr. 5.

657) Exerc. ad Pand. 13. §. 10. 15. §. 17. 47. §. 59. 61.

658) Usus modern. 43. 17. §. 7. Diss. de possidente non meliore, bes. c. 7. §. 5. 6. Diss. de necess. edendi c. 2. nr. 110 sq. de compossessione c. 3. nr. 14 sq. in Opp. 161. V. nr. 24. 25. Vol. II. nr. 17. — Cons. Hal. ICt. II. 1. cons. 40.

thums wird verworfen und der Einfluß des Titels mit Stillschweigen übergangen[659]). Auch auf diesem Standpunkte ist eine doppelte Function des Interdictes wahrnehmbar, einmal im römischen Sinne, wenn es sich allein um die Besitzfehler handelt, und dann im kanonischen Sinne, wenn das Alter des Besitzes und die Präsumtion herbeigezogen werden; aber freilich ist das poss. ordinarium, auch in letzterer Gestalt, nicht mehr petitorischer Natur, es ist eine Mißgestalt, weder petitorisch noch possessorisch, weder teutsch noch römisch, ohne geschichtlichen und ohne rationellen Boden, welche nur durch den Gegensatz des poss. summarium noch einiges Leben gewinnen kann. Wenn, sagte man im Anschlusse an Böhmer, das poss. summarium den jüngsten und gegenwärtigen Besitz betrifft, so wird im poss. ordinarium über älteren und rechtmäßigen Besitz verhandelt; unter rechtmäßigem Besitze verstanden Einige nur die Abwesenheit der Besitzfehler, Andere, welche sich in unbestimmter Haltung mehr an die ersterwähnte Richtung anschließen, mischten unter dem Deckmantel der Colorirung des Besitzstandes Titel und Recht zum Besitze hinein, so daß eine unheilvolle Verwirrung entstand. Gegen diese hat sich Savigny erhoben. Er legt das cap. 9. X. de probat. so aus, daß der Pabst sich bei seiner Entscheidung im vollsten Einklange mit dem römischen Rechte befindet, verwirft den Vorzug des Alters sowie der Präsumtion und versteht unter dem poss. ordinarium im Gegensatze zum summarium lediglich die vollständige Verhandlung des römischen Interdictes. Nun schwanken Theorie und Praxis, soweit sie nicht der sächsischen Richtung angehören, unsicher zwischen dem durch Savigny wiederhergestellten reinen römischen Rechte und der Lehre von Böhmer. — Eine andere Auffassung sieht das poss. ordinarium als ein neues Institut an. An die Vorläufer derselben schließen sich Hert, Ludovici, Titius und Berger an, letzterer zwar etwas widerwillig, aber doch die Präsumtion in ihrem alten Umfange, die bloße Behauptung des gegenwärtigen Besitzes nebst dem Beweise des ehemaligen und die Berechtigung des Erben festhaltend[660]). Klar dagegen sprechen sich die Helmstädter Facultät und Leyser[661]) aus. Ihm folgen Estor und vor allen Hommel, welcher das poss. ordinarium als praxi forensi potissimum introductum und als recuperatorisch bezeichnet, aber freilich wieder manches Fremdartige einmischt, indem er nicht nur verlangt, daß der Besitz des Klägers länger als ein Jahr gedauert habe, sondern auch darüber mit sich nicht klar ist, ob außer dem älteren Besitze des Klägers noch ein Titel nöthig sei. Auch Cramer, welcher namentlich erklärt, es komme auf dasselbe hinaus, ob man die Klage Petitorium oder poss. ordinarium nenne, sowie Pufendorf, welcher

---

659) Exerc. ad Pand. Lib. 44. Tit. 1. Ex. 90. c. 2. Ius eccl. Prot. II. 12. §. 7. — De actionibus II. 4. c. 4. §. 15.

660) Die betreffenden Schriften führt an Delbrück a. a. O. S. 143, N. 28—31.

661) Med. ad Pand. Sp. 499. med. 5. 7.

den Civilbesitz 10 Jahre lang dauern läßt[662]), gehören hierher, besonders aber die sächsischen Juristen. Hieraus ist die sehr verbreitete Meinung entstanden, daß diese Gestaltung des poss. ordinarium nicht gemeinrechtlichen, sondern sächsisch-particulären Ursprunges sei; eine Meinung, welche sich nicht nur durch die von Delbrück gegebene geschichtliche Entwickelung, sondern auch durch einen Blick auf die sächsischen Juristen selbst widerlegt, welche sich nicht auf eigenthümlich sächsische Rechtsquellen oder besonderen sächsischen Gerichtsgebrauch stützen, sondern wohl fühlen, daß sie auf dem Boden des gemeinen Rechtes stehen. Hier sind zu nennen: Curtius, welcher sich auf cap. 9. X. de probat. stützt und einen Titel verlangt[663]); Biener, welcher nur älteren Besitz für nöthig hält, den Titel aber auch zuläßt, die ausschließlich recuperatorische Natur geltend macht, über petitorische Einreden sich verbreitet und als sächsische Eigenthümlichkeit lediglich die Verhandlung im ordentlichen Processe hervorhebt[664]); Pfotenhauer, welcher wieder den Titel verlangt[665]); Volkmann, welcher das poss. ordinarium namentlich auch als remedium recuperandae possessionis bezeichnet[666]), endlich Osterloh[667]), welcher aber wieder das poss. ordinarium und das Interdict in der Darstellung zusammenwirft, im übrigen mit Biener im wesentlichen übereinstimmt und entschieden auf den teutschen Ursprung und die gemeinrechtliche Giltigkeit des Institutes hinweist. Die sächsischen Juristen sind, wenn auch die Hauptvertreter dieser Richtung, doch nicht die einzigen. Viele der heutigen Gegner der Lehre Savigny's gehen so weit, daß sie wenig von den sächsischen Juristen abweichen[668]). — Schließlich ist der Gegensatz zwischen dieser holländisch-sächsischen Richtung und der alten Lehre der Italiener noch schärfer in das Auge zu fassen. Die neue Lehre stützt sich einfach auf das kanonische Recht und den Gerichtsgebrauch und giebt zu, daß der Vorzug des älteren Besitzes dem römischen Rechte unbekannt sei. Man konnte folglich die unrichtigen, zu künstlichen und das römische Recht verfälschenden Deductionen in Betreff des Civilbesitzes u. s. w. preisgeben. Nach der neuen Lehre ist ferner nicht mehr der gegenwärtige Besitz, wie bei den Italienern, sondern vielmehr der ältere Besitz der Klaggrund und das poss. ordinarium wird als ein Institut modernen Ursprunges vom Interdicte getrennt. In der neuen Lehre mußte endlich der Gegensatz zwischen dem poss. ordinarium und summarium ein anderer werden. Die Italiener verstanden unter dem poss. ordinarium die ordentliche

662) Siehe die Citate bei Delbrück S. 144, N. 33—35.

663) Handb. des in Kursachsen geltenden Civilrechtes §. 487 1. u. 2. Ausg. (1799. 1847).

664) Syst. proc. iud. et comm. et Saxon. ed. 3. 1821. §. 267. 273.

665) Abhandl. über das gerichtl. Verf. in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen (1797) §. 1, 3, 28.

666) System des sächs. Civil- und Administrativprocesses Bd. 3, §. 201.

667) Die summar. Processe nach sächs. Recht §. 50, 53, 55.

668) Siehe die Citate bei Delbrück a. a. O. S. 145, N. 41.

Verhandlung der Interdictes[669]), mochte es auf gegenwärtigem oder älterem Besitze beruhen; die Neueren hingegen beschränkten dasselbe auf die Klage aus älterem Besitze. Diesem Ordinarium gegenüber war die ordentliche Verhandlung des Interdictes das Summarium und die schleunige und provisorische Verhandlung desselben das Summariissimum. Der geschilderte Gegensatz tritt freilich so scharf fast nirgends auf. So bedeutend der Fortschritt war, so fehlte doch immer noch die Erkenntniß der petitorischen Natur der Klage aus älterem Besitze und dieser Mangel brachte so viel Trübes in die Darstellung und Auffassung, daß das Richtige mit dem Unrichtigen in einer schwer zu lösenden Verwirrung auftritt. Es lag auch bei dem ersten Auftreten der neuen Lehre gar keine Veranlassung zur bestimmten Durchbildung vor; denn die Veränderung hatte einen rein theoretischen Charakter, da ja die einzelnen praktischen Lehrsätze der Italiener als solche beibehalten wurden. Die Praxis der sächsischen Richtung ist im wesentlichen die der Italiener; nur die theoretische Grundlage ist eine ganz andere. Dieser letztere Umstand aber hat die Späteren und namentlich Bruns[670]) zu der Meinung verleitet, daß das, was von Anfang an gegolten hat, nun erst entstanden sei.

4) Fortdauer als Spolienklage. a) Vorbemerkungen. Die Ausführung von Bruns[671]) über Geschichte und Wesen der Spolienklage ist folgende. Ein Bischof, welcher von seinem Sitze vertrieben, seiner Macht und seines Vermögens beraubt ist, kann sich nur schwer gegen die Anklagen mächtiger Feinde vertheidigen und ihnen daher leicht ungerechter Weise unterliegen. Diese Betrachtung veranlaßte schon früh die Kirche zu verschiedenen Versuchen, den Grundsatz zur Geltung zu bringen, daß ein solcher Bischof nicht eher auf die Anklage sich einzulassen brauche, als bis er alles Verlorene wieder erhalten habe. Die Kirche konnte aber damit weder der weltlichen Gewalt gegenüber durchdringen, noch bildete sie innerhalb ihres eigenen Kreises einen solchen Rechtssatz aus. Später gelang dies dem Pseudo-Isidorus auf dem Wege des Betruges und der Fälschung. Die untergeschobenen Decretalen enthalten mehrfach und sehr bestimmt den Satz, daß ein spoliirter Bischof nicht angeklagt werden könne; der Kirchenbehörde, bei welcher die Anklage geschehen soll, wird vielmehr die Wiedereinsetzung des Spoliirten zunächst zur Pflicht gemacht. Der Bischof, welcher sich auf diese Bestimmung stützt, erhebt also einerseits eine dilatorische Einrede gegen die Criminalanklage, andererseits aber auch damit zugleich eine Klage gegen die Spoliatoren, über welche dieselbe Behörde entscheidet. Es ist dies aber kein selbstständiges, sondern ein durch eine Criminalanklage und durch Vorschützung der Einrede bedingtes Klag-

669) Bruns, Recht des Besitzes S. 263, 271.
670) Recht des Besitzes S. 402.
671) Ebd. S. 131—182, 219—232, 246—260.

recht; die ganze Bestimmung ist eine kirchlich-politische Maßregel zu Gunsten der Bischöfe. Diese Klage ist possessorischer Natur, d. h. es genügt nach späterer ausdrücklicher Bestimmung, daß der Kläger im Besitze der bischöflichen Würde und der geraubten Sachen gewesen ist; des Beweises der kanonischen Institution und des Eigenthums bedarf es nicht. Beklagter ist jeder Besitzer der geraubten Sachen ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben. Die Exspoliation begreift nicht blos die Fälle unmittelbarer Eigenmacht, sondern jede Art widerrechtlicher Entziehung, namentlich Zwang, Betrug, ungerechtes Urtheil u. s. w. Gratian nahm diese Bestimmungen ziemlich vollständig in das Decret auf, beging aber hier den Fehler, die Klage von der Einrede ganz zu trennen, und veranlaßte dadurch alle spätere Mißverständnisse. Die Klage erschien als ein selbstständiges Rechtsmittel und somit der weitesten Ausdehnung fähig, welche sie auch durch die kanonistische Theorie und Praxis erhalten hat. Fälschung, Nachlässigkeit und Unverstand schürzten durch einträchtiges Zusammenwirken einen Knoten zusammen, an dessen Auflösung eine ganze Reihe von Jahrhunderten zu arbeiten hatte. Obwohl die Klage in dieser Gestalt in den Decretalen des 12. und 13. Jahrhunderts nicht anerkannt wird, so hielt man sie doch in Theorie und Praxis fest und bildete sie weiter aus. Nach der allgemeinen Annahme konnte jeder, welcher eine Sache einmal besessen hatte, rein aus diesem Besitze ohne alles weitere gegen jeden jetzigen Besitzer klagen und Restitution des Besitzes verlangen, sobald letzterer nicht beweisen konnte, daß der Kläger den jetzigen Besitz auf rechtmäßige Weise verloren habe. Diese kanonistische Theorie wurde in das weltliche Recht aller Länder aufgenommen. Die Behauptung, daß ein Einfluß des älteren germanischen Rechtes stattgefunden habe, erklärt Bruns für beruhend auf Unkenntniß und falscher Auffassung. — Gegen diese Ansicht von Bruns hat sich nun Delbrück erhoben. Er macht mit Recht geltend, es sei unwahrscheinlich, daß ein solches, mit bestimmter und ausgebildeter Gliederung Jahrhunderte lang in anerkannter, weitverbreiteter Wirksamkeit bestehendes Rechtsinstitut lediglich durch Fälschung, Nachlässigkeit und Unverstand in das Leben gerufen worden sei. Außerdem, und das ist das wichtigste, hat er den Nachweis geliefert, daß die Spolienklage, soweit sie gegen den dritten Besitzer geht, die dingliche Klage des alten teutschen Rechtes sei, welche das kanonische Recht nicht geschaffen, sondern nur erhalten habe. Die Ergebnisse seiner Forschungen sollen hier kurz zusammengestellt werden. b) Im Mittelalter. Der berühmte can. Redintegranda (c. 3. C. 3. qu. 1.) enthält nichts von der Spolienklage, wie sie später gelehrt wurde; daß man sie dennoch darin gefunden hat, beweist nur, daß die Wissenschaft der Auctorität des Buchstabens bedürfen zu müssen glaubte und in ihrer Bedrängniß blind zugriff. Um das richtige Verständniß der Lehre der Italiener und damit des ganzen Mittelalters zu erlangen, ist zu bemerken, daß infolge der schon dargelegten irrigen Vorstellungen über Petitorium und

Possessorium die aus dem canon Redintegranda hergeleitete Klage an das interdictum unde vi angeknüpft wurde. Die aus dieser unnatürlichen Verbindung hervorgehende Lehre konnte nur eine verwirrte, in sich widersprechende sein. Insofern nämlich die Klage als die des Entsetzten gegen den Entsetzer gedacht wurde, war sie Besitzklage und an das Interdict anzuschließen; insofern sie aber gegen einen Dritten ging, war sie die dingliche Klage des teutschen Rechtes; sie hatte mithin ebenso wie das poss. ordinarium eine doppelte Function zu erfüllen und demgemäß eine sehr wandelbare Natur. Diese Verbindung muß man lösen. Es sind erstens auszuscheiden alle Rechtssätze, welche sich wirklich nur auf das Interdict, dasselbe erläuternd und modificirend, beziehen; zweitens alle rein doctrinären Sentenzen, welche aus dem römischen Rechte entlehnt sind und an die Spitze der Lehre gestellt werden. Das Decret Gratian's, in welchem der can. Red. steht, wurde um 1151 vollendet. Hätte nun der Kanon wirklich ein neues Klagrecht einführen sollen, so müßte sich dies schon früh wirksam gezeigt haben. Dies ist aber nicht der Fall. Die ältesten Processualisten zu Ende des 12. und zu Anfang des 13. Jahrhunderts nahmen bei der Darstellung des Interdictes nicht die mindeste Rücksicht auf den Kanon. Auch bei den Glossatoren des Civilrechtes findet sich keine Spur davon. Man war also damals und bis gegen die Mitte des 13. Jahrhunderts noch nicht darauf verfallen, für die dingliche Klage des teutschen Rechtes eine Stütze im kanonischen Rechte und speciell im canon Red. zu suchen. Die erste Andeutung zu der später weiter ausgebildeten Klage aus dem canon Red. kommt in der Glosse zu dieser Stelle vor. Diese Glosse ist aber erst um 1250 vollendet worden, und es erklärt sich daher leicht, daß die Decretalen aus dem 12. und aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhundert jenes Rechtsmittel nicht kennen. Daraus folgt aber nicht, daß ihnen die dingliche Klage des teutschen Rechtes unbekannt gewesen sei; vielmehr haben sie dieselbe gekannt (vgl. vorher unter 3. lit. b). Bruns stützt die Meinung, daß die Decretalen ganz auf dem Boden des römischen Rechtes stehen, hauptsächlich auf cap. 15. X. de restit. spoliat. (II. 13.), aber, wie Delbrück gezeigt hat, ohne Grund. Innocenz III. spricht freilich den beklagten Bischof, welcher in erster Instanz zur Herausgabe verurtheilt war, frei und sagt: cum nobis constare non potuerit, quod episcopus spoliaverit vel mandaverit spoliari, vel spoliationem factam saltem ratam habuerit, pronunciavimus: interdictum Unde vi locum nullatenus habuisse. Auf diese Entscheidung darf nicht zu viel Gewicht gelegt werden. Dies geht schon daraus hervor, daß ein Untergebener des Bischofs die Kläger ihres Besitzes entsetzt hatte, welcher auch nach römischem Rechte in id, quod pervenit, zu verurtheilen gewesen wäre. Auch abgesehen davon ist ungewiß, wie der Pabst entschieden haben würde, wenn die Kläger nicht das Interdict, sondern eine andere Klage angestellt hätten; denn die Stelle spricht ausdrücklich nur vom Interdicte. Diesen Standpunkt hat schon die Glosse interdictum zu

dieser Stelle: Sic patet, quod iste procurator ineptam proposuit petitionem; nam interdictum Unde vi non datur, nisi contra illum, qui deiecit ... videtur tamen, quod in rebus ecclesiasticis posset agi contra quemlibet possessorem; hoc verum est, sed non per interdictum, sed condictione ex c. Red. Dieselbe Erklärung haben fast alle älteren Ausleger und dieselbe entspricht durchaus den Theorieen jener Zeit. Die gedachte Stelle des kanonischen Rechtes läßt sich weder für die eine noch für die andere Meinung anführen. Wichtiger[672]) ist das berühmte cap. Saepe 18. X. de rest. spoliat. (II. 13.), in welchem die Spolienklage gegen den dritten unredlichen Besitzer verstattet wird. Mit dieser Stelle haben sich die Ausleger sehr viel beschäftigt. Man fand es, wenn schon der can. Red. die Klage gegen den dritten Besitzer überhaupt verstattete, unbegreiflich, wie Pabst Innocenz III. funfzig Jahre später darauf verfallen konnte, die Klage gegen denjenigen, qui scienter recepit, durch eine besondere Verordnung ausdrücklich einzuführen. Ueber die Lösung dieses Widerspruches hat man die verschiedensten und sonderbarsten Meinungen aufgestellt[673]). Die Sache erklärt sich nach dem bereits Bemerkten einfach dadurch, daß zur Zeit des Pabstes Innocenz III. zwar der can. Redintegranda existirte, nicht aber die condictio ex can. Red. Das Zeitverhältniß ist also umgekehrt, als es die Ausleger voraussetzten; das cap. Saepe ist älteren und das remedium ex can. Red. ist jüngeren Ursprunges. Gleichwohl steht unleugbar das cap. Saepe, ursprünglich das cap. 39. des Lateranensischen Concils von 1215, mit der dinglichen Klage des teutschen Rechtes, welche gegen jeden Besitzer geht, im Widerspruche und scheint zu beweisen, daß diese Klage in der damaligen Zeit unbekannt war. Da positive Zeugnisse dafür vorhanden sind, daß die damalige Zeit diese Klage kannte, so ist die Sache daraus zu erklären, daß die teutsche Rechtssitte nicht so leicht dem Buchstaben des römischen Rechtes gegenüber Anerkennung sich verschaffen konnte. Jener Concilienschluß zeigt nur ein Stadium dieses Kampfes, und zwar das erste; er ist ein Compromiß zwischen den entgegenstehenden Ansichten. Auf diese Natur des gedachten Beschlusses deutet entschieden der Widerspruch der Motive mit dem dispositiven Theile hin. Soll die Gefahr, daß der Spoliator die Sache einem Dritten übergiebt und so der Eigenthümer wegen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises seines Rechtes verlustig geht, gründlich beseitigt werden und steht das iniuste detinere dem invadere alienum quoad periculum animae ganz gleich, so mußte consequenter Weise die Klage gegen jeden Dritten gestattet werden. Es war dies wahrscheinlich die Absicht des Pabstes, welche aber an den Vertretern des römischen Rechtes scheiterte. Fast um dieselbe Zeit erließ Kaiser Friedrich II. für Neapel und Sicilien ein Gesetz,

672) Im cap. 2. X. II. 10. wird die Frage berührt, aber nicht entschieden; siehe Bruns a. a. O. S. 177. Das cap. 11. X. II. 1. betrifft nicht eigentlich die vorliegende Frage; s. Bruns a. a. O. S. 181, N. 2.

673) Vgl. darüber Delbrück a. a. O. S. 154 flg.

wodurch die Klage gegen jeden Besitzer, sive sciens, sive ignorans fuerit, zugelassen wurde [674]). Dieses Gesetz steht nach den Motiven und zum Theil sogar nach den Worten in unverkennbarer Verwandtschaft mit dem kurz zuvor erlassenen cap. 18. X. II. 13. [675]), und es ist offenbar mit Hinsicht auf die letztere Verordnung und den ihr zu Grunde liegenden Concilienschluß, aber mit Beseitigung der Inconsequenz und Halbheit desselben erlassen worden. Unleugbar legt der Concilienschluß Zeugniß dafür ab, daß die dingliche Klage des teutschen Rechtes schon im Begriffe stand, auch auf dem Gebiete der Wissenschaft sich Anerkennung zu verschaffen, zur Zeit aber mit einer geringen Concession sich begnügen mußte. Ueber diese Concession schritt das vorgerückte Bewußtsein der Zeit rasch hinweg durch Ausbildung der Klage ex can. Red. Schon die Glosse aut dolo zu dem can. Red. sagt: cum autem hic canon aequiparat dolum, metum vel violentiam, videtur, quod condictione ex hoc canone quilibet possessor possit conveniri. Ebenso die Glosse zu dem Dictum Gratiani ad hanc qu.: per condictionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem; endlich die Gl. Redintegranda: quacunque conditione fuerint eis ablata, sive per dolum, sive per violentiam, vel quacunque alia iniusta causa. Hieran schließt sich die gegen 1266 vollendete Glosse zu den Decretalen: Gl. interdictum zu cap. 15. X. II. 13.: Posset agi contra quemlibet possessorem condictione ex illo canone Red. Die Gl. in eum statum zu cap. 51. X. de appell. (II. 28.) scheint zwar die condictio nicht zu kennen. Dies beweist aber nur, daß zu dieser Zeit die condictio eben erst anfing, Anerkennung zu erhalten. Specielleres enthalten die Gl. diutius zu cap. 15. X. II. 13.: Numquid hoc solum sufficit probare, quod aliquando possedit, ad hoc, ut possit restitui? Non nisi probat, quod tunc possidebat (nämlich zur Zeit der Spoliation); ebenso die Gl. non subvenitur zu cap. 18. X. eod.: Subvenitur contra quemlibet possessorem cond. ex can. Red., sive dolo, sive vi, sive metu, sive alio modo rem perdidisset. Cf. Gl. scienter das. Die Lehre sowohl der Glosse zum Decret als der Glosse zu den Decretalen, welche fast gleichzeitig entstanden sind, ist also folgende: 1) es giebt eine eigene condictio ex canone Redintegranda; 2) diese beruht auf Verlust des Besitzes wider Willen; 3) sie geht gegen jeden Besitzer; 4) sie verlangt aber den Beweis des Besitzes zur Zeit der Spoliation. Hier liegen alle Grundzüge der späteren Entwickelung vor; es bedurfte nur noch Eines Schrittes, um der Klage diejenige Gestalt zu geben, in welcher sie bis zu Ende des Mittelalters und darüber hinaus geherrscht hat, und diesen Schritt that Pabst Innocenz IV. in dem Commentar zu den Decretalen, welchen Bruns für einen entschiedenen Gegner der

---

674) Constit. regni Siciliarum. Neap. 1773. I. 26. Die Constitution ist abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 204 flg.

675) Darauf haben Bruns a. a. O. S. 248, 259 und nach ihm Delbrück a. a. O. S. 205 hingewiesen.

condictio hält[676]). Die Aussprüche dieses Commentators zu cap. 18. X. II. 13. zeigen allerdings, daß Innocenz über das Verhältniß des cap. 18. cit. zu dem can. Red. allerdings nicht mit sich klar werden konnte, in der Sache selbst aber darüber nicht zweifelhaft war, daß der Spoliirte eine Klage gegen jeden Besitzer habe und daß diese Klage auf den can. Red. sich stütze. Er war also ganz in Uebereinstimmung mit der Glosse, ging aber noch einen Schritt weiter, indem er den Beweis des älteren Besitzes zur Begründung der Klage für genügend hielt, während die Glosse anscheinend den Beweis des unfreiwilligen Verlustes des Besitzes verlangte. Die Auffassung von Bruns beruht auf einer Stelle des Commentars Innocenz IV. zu cap. 15. X. II. 13.[677]). Hier verwirft Innocenz allerdings dem Namen nach die cond. ex can. Red.; aber er verwirft der Sache nach nicht die Klage, welche von Anderen so genannt wird und welche er, wie die vorher angeführten Aussprüche beweisen, nicht nur anerkannt, sondern sogar bedeutend erweitert hat; er zieht es nur vor, die Quelle des Klagrechtes nicht in jenem Kanon, sondern vielmehr im römischen Rechte und in anderen Stellen zu suchen. Jedenfalls war die Opposition des Commentators nicht gegen die Sache selbst, sondern nur gegen die Art der juristischen Begründung gerichtet, mithin für die Praxis gleichgiltig. Die Späteren bezeichnen auch ohne Ausnahme Innocenz IV. nicht als Gegner der Klage, sondern vielmehr neben Hostiensis als denjenigen, welcher der Klage durch die Behauptung, daß der ältere Besitz zu deren Begründung genüge, und sonst die rücksichtsloseste Ausdehnung gegeben habe. Hostiensis trägt die Lehre dieses seines älteren Zeitgenossen zum Theil mit denselben Worten vor; er läßt die condictio ex can. Red. gegen jeden Besitzer und für jeden Fall des Besitzverlustes zu[678]); namentlich setzt er an die Stelle des Beweises der Spoliation den Beweis des früheren Besitzes[679]). Er läßt sowohl aus dem can. Red. als aus dem cap. Saepe eine besondere Klage zu und empfiehlt die aus der ersteren Stelle als viel sicherer, verwischt aber den Unterschied wieder fast ganz durch den Satz: praesumitur sciens is, qui suam esse nescit[680]). Auch erörtert er bereits die Frage, welche Einreden zulässig seien und entscheidet sich für die Zulässigkeit der Einrede der Ersitzung[681]). Durantis gestattet ebenfalls die condictio ex can. Red. contra omnes possessores, verlangt aber allerdings den Beweis der Spoliation[682]). Auch Bartolus und Baldus kennen die condictio ex can. Red. in der erwähnten Ausdehnung; sie gedenken ihrer aber nur im Vorbei-

676) Bruns a. a. O. S. 176, 223 flg. Vgl. dagegen Delbrück a. a. O. S. 157 flg.

677) Sie ist abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 159.

678) Summa lib. II. de rest. spol. nr. 6.

679) Lectura sive appar. super V. libr. Decret. zu cap. 18. X. de rest. spol.

680) Lectura l. c.

681) Summa l. c.

682) Spec. iur. Lib. IV. de restit. spol. §. 1. nr. 13.

gehen und machen, indem sie den Satz der Glosse zum kanonischen Rechte und des Innocenz, daß die Klage gegen jeden Besitzer gehe, so verstehen, daß dem Beklagten gar keine Einreden zustehen, nur die Einschränkung, daß derjenige, dessen Vorbesitzer bereits redlich besessen habe, gegen die Klage geschützt sein müsse; dies betrifft nicht den Klaggrund, sondern die Zulässigkeit von Einreden[683]). So stimmten um die Mitte des 14. Jahrhunderts die Stimmführer und Häupter aller Richtungen schon über die Statthaftigkeit der Klage überein, welche bereits um die Mitte des 13. Jahrhunderts durch Innocenz ihre volle Ausdehnung erhalten hatte. Die Späteren gingen insofern weiter, als sie die bei den Kanonisten beliebte Einschränkung auf Geistliche und Kirchensachen verwarfen und die Klage allgemein zuließen. Bei der hiernach noch viel häufigeren Anwendung der Klage mußte die praktische Frage, ob und welche Einreden zulässig seien, in den Vordergrund treten. Hierbei findet sich dann ein Gegensatz zwischen Decretisten und Logisten, über dessen Allgemeinheit Petrus de Ferrariis († um 1410) in seiner Practica berichtet. „Communis Decretalistarum opinio est, quod sic: sive sit bona fide, sive cum titulo, sive sine titulo possessor,“ d. h. daß die Klage in allen diesen Fällen durchgreife, wobei er als Gewährsmann den Innocenz und Hostiensis anführt. Dagegen entscheiden die Logisten: aut iste possessor habet titulum a violento seu vitioso possessore et tunc procedit opinio Innocentis et sequacium, aut non habet ab eo titulum, sed ab alio bonae fidei possessore, dann hat er eine Einrede. Ueber die weite Verbreitung und überall anerkannte Geltung der Klage sind von Bruns[684]) sehr umfassende Nachweisungen gegeben; sie herrscht in den Gerichtshöfen Italiens und Siciliens sowie fast in allen Sammlungen von Consilien; sie dringt schon früh nach Spanien und Frankreich[685]) und ist in der That die Universalklage des Mittelalters. Menochi hat in seinen Commentarien die bisherige Arbeit zusammengefaßt und auf die spätere Praxis einen nachhaltigen Einfluß geübt. Seine Darstellung der Lehre von dem remedium canonis Redintegranda ist folgende[686]): 1) Klaggrund ist lediglich der ältere Besitz (Nr. 383, 397); der Kläger braucht nicht einmal den Besitz zur Zeit der etwa angeführten Spoliation zu beweisen (Nr. 386). 2) Kann aber der Beklagte beweisen, daß der Kläger nicht spoliirt ist, sondern suo facto et culpa den Besitz verloren hat, so ist die Klage hinfällig (Nr. 95, 384, cf. Nr. 98, 385). 3) Die Klage wird gegen jeden gegenwärtigen Besitzer gerichtet (Nr. 67). 4) Der gegenwärtige Besitzer kann sich durch

---

683) Bartolus zu L. 15. D. de acquir. poss. und zu L. ult. §. 3. C. de furtis (VI. 2.) nr. 4. Baldus zu L. 2. C. de furtis (VI. 2.); Conf. III. 307. und Zus. zum Spec. iur. des Durantis, Lib. II. de petit. poss. et spol.

684) Bruns a. a. O. S. 258.

685) Ebd. S. 348, 365.

686) Menochi, de recup. poss. remed. XV. Die betreffenden Stellen sind abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 164—166.

den Beweis des redlichen Erwerbes schützen (Nr. 69, 70, 91), 5) außer wenn die Sache mit einem vitium reale behaftet, d. h. usucapionsunfähig war (Nr. 68—94). 6) Der Kläger kann nur sein Eigenthum beweisen, was Cumulation des Petitoriums mit dem Possessorium hieß (Nr. 479, 640, besonders rem. 1. Nr. 213). c) In der neueren Zeit. Die neuere Zeit nahm das remedium canonis Redintegranda ganz in der Gestalt auf, welche es im Mittelalter durch die Italiener erhalten hatte, also als eine auf älteren Besitz gegründete, gegen den gegenwärtigen Besitzer gerichtete Klage, wobei man aber die alten Controversen nicht vergaß; weshalb denn Manche sich nicht mit älterem Besitze begnügen, sondern den Beweis der Spoliation fordern und die Streitfrage hinsichtlich der Einreden fortdauert. Dies gilt namentlich von Teutschland. Trotz vielfacher Angriffe erhielt sich die Klage bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts. Sehr ausführliche Nachweisungen hat auch hierüber Bruns geliefert[687]), daher nur einige Schriftsteller und Praktiker von vorwiegendem Einflusse zu nennen sind. Mynsinger schließt sich durchaus den Decretisten an[688]). Dagegen hält sich Gaill an die mehr einschränkende Meinung einerseits der Glosse zum Decret, andererseits der Logisten[689]). Unter den Juristen des 17. Jahrhunderts ragen durch ihren großen Einfluß auf die Praxis hervor: Ant. Faber, Bened. Carpzov, Dav. Mevius. Faber lehrt: contra eum datur, qui cum titulo et bona fide possidet, nec aliud probare actor cogitur, nisi quod ante possederit[690]), und erklärt sich für die Präsumtion[691]). Carpzov lehrt: probare necesse habet antiquiorem possessionem suam et novam conventi[692]). Mevius sucht die Klage ausführlich zu rechtfertigen; er erkennt an, daß sie auf keinem ausdrücklichen Gesetze beruhe, meint aber, daß ihr aequitas manifesta zur Seite stehe, hauptsächlich quod antiquior possessio potior esse debet[693]). Aus dem Ende des 17. und dem Anfange des 18. Jahrhunderts sind Stryk und Schilter zu erwähnen. Ersterer räumt ein, daß man sich mit Grund nur auf die Praxis berufen könne, welche er aber als eine allgemeine bezeichnet[694]); Letzterer fordert vom Kläger mindestens den Beweis des guten Glaubens und Bescheinigung der Spoliation[695]). Leyser († 1752) war einer der letzten bedeutenden Juristen, welche die Klage unbefangen zulassen[696]). Denn unterdessen hatten die An-

687) Bruns a. a. O. S. 348, 374, 390—397, 417.
688) Observ. III. 85. nr. 3. 8.
689) Observ. II. 75. nr. 10—12.
690) Cod. Fabr. VIII. 3. def. 1. nr. 7. 8.
691) Ebd. IV. 14. def. 44.
692) Iurispr. for. P. I. Const. 6. def. 3.
693) Dec. VIII. dec. 383. 387. IV. dec. 69. nr. 5. V. dec. 92.
694) Stryk, Us. mod. Pand. XLIII. 16. §. 1.
695) Schilter, Exercit. 47. §. 55.
696) Med. ad Pand. Sp. 505. med. 1. S. jedoch auch Estor († 1773), Anweisung §. 250.

griffe immer größere Kraft gewonnen[697]). Die großen Juristen, welche die Wissenschaft des römischen Rechtes neu belebten, widmeten diesem ihre Kraft und ignorirten im wesentlichen die dem kanonischen Rechte zugeschriebene Klage. Da sie jedoch richtigere Ansichten über den Gegensatz zwischen Petitorium zu verbreiten angefangen hatten, das remedium can. Red. aber possessorisch sein sollte, so mußten ihre Schüler, nachdem die Nachwirkung der teutschen Rechtssitte der gelehrten Jurisprudenz gegenüber immer schwächer geworden war, über eine Besitzklage stutzen, welche auf älterem Besitze beruhte, gegen jeden Besitzer ging und petitorische Einreden zuließ; sie mußten darauf hingeführt werden, die angebliche Quelle dieses dem römischen Rechte geradezu widersprechenden Institutes näher zu untersuchen und mußten die Schwäche dieser Grundlage entdecken. Die Reihe der Angriffe eröffnete der Spanier Sarmiento de Mendoza († 1595). Ihm folgte Siphonius († 1604), welcher sich auf ihn beruft und geradezu erklärt, das rem. can. Red. sei nichts anderes als das interd. unde vi, „et tamen, fährt er fort, vulgaris error ita invaluit, ut interd. foro, ut ita dicam, cesserit“[698]). Casp. Ziegler[699]) ging ausführlicher auf die Sache ein; er beschränkte den can. Red. auf die exceptio spolii und erkannte hinsichtlich des Interdictes nur insofern eine Abänderung des römischen Rechtes durch das kanonische an, als der dritte Besitzer, nach cap. 18. X. II. 13., wenn er die Sache wissentlich übernommen, belangt werden könne. Eine 1676 erschienene Gegenschrift von Bötticher[700]) ist zu erwähnen, weil seitdem der Name actio spolii üblich geworden ist; die Italiener nannten die Klage remedium oder condictio ex can. Redintegranda. Da man nun diesen Kanon als Quelle des Klagrechtes halb und halb aufgeben mußte, so war es nöthig, der Klage, welche man nun auf einen Complex von Stellen des kanonischen Rechtes und auf die Praxis stützte, einen anderen Namen zu geben, daher Böttícher nach dem Vorgange des Siphonius, welcher schon von einem remedium spolii spricht, seine Klage die actio spolii nannte. Indessen wurde die Praxis erst durch J. H. Böhmer erschüttert, welcher die Klage verwarf[701]) und sie gegen den dritten Besitzer nur im Falle des cap. 18. X. II. 13. gestattet; er unterwirft die Begründung bei Mevius einer ausführlichen Kritik, wobei er dessen Hauptargument, quod antiquior possessio potior esse debeat, nur dadurch zu beseitigen weiß, daß er die Geltung dieses Satzes auf das Interd. retin. possess. beschränkt. Dieser Auctorität gab nun auch die Praxis nach, und in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts nahm man in der Regel an, daß die Vermuthung der Spoliation nicht stattfinde und die Klage außer dem Falle des cap. 18. cit.

697) Vgl. über die Geschichte dieser Angriffe Delbrück a. a. O. S. 168 flg.
698) Explan. Proleg. ad lib. VIII. Cod. de remed. possess. nr. 11. 16.
699) Comm. ad can. Red. 1674.
700) Diss. de actione spolii.
701) Ius eccl. Prot. II. 13.

gegen den Dritten nicht angestellt werden könne. Es hat indessen auch seitdem nicht an Versuchen, die alte Lehre zu retten, gefehlt. Die sonstige Dogmengeschichte ist für den vorliegenden Zweck ohne Interesse. Zwar haben Böhmer und seine Nachfolger noch manches hinsichtlich der Spolienklage angenommen, was Savigny als dem Rechte des Interdictes widersprechend, beseitigen zu müssen glaubte, ein Streit, welcher noch jetzt fortdauert; allein dieses Alles betrifft nur die Spolienklage als Besitzklage. Seitdem man den Satz aufgab, daß sie gegen jeden Dritten gehe, konnte die Spolienklage die dingliche Klage des teutschen Rechtes nicht mehr in sich beherbergen.

5) Fortdauer unter dem Namen anderer sog. possessorischer Rechtsmittel. a) Vorbemerkung. Ehe sich die condictio ex can. Redintegranda allgemein festgesetzt hatte, schwankte man sehr darüber, wo man im positiven Rechte das Zeugniß für die Giltigkeit der Klage aus älterem Besitze zu suchen habe; denn die Nothwendigkeit dieses Zeugnisses wurde gar nicht bezweifelt. Der Eine leitete sie aus dieser, der Andere aus jener Stelle her; der Dritte combinirte alle diese Stellen; der Vierte wollte Unterschiede entdecken, je nachdem man diese oder jene Stelle zu Grunde legen werde. Eine feste Dogmenbildung fand nicht statt, weil der can. Red. bald alle bisherige Versuche überflüssig machte und das ganze Material in sich aufnahm. Dennoch führte die damalige Doctrin noch neben dem can. Red. auch die anderen Stellen in ihrem Register fort; daraus entstanden eine Menge Klagen, welche im Grunde, sofern man sie gegen den Dritten zuließ, auf dasselbe hinauskamen, wenn man auch hier und da einen mehr oder weniger willkürlichen Unterschied machte. Schon die Glossatoren gaben Veranlassung zu dieser Mannigfaltigkeit der Ansichten. Die L. 22. §. 3. C. de furtis (VI. 2.) scheint vorauszusetzen, daß der Commodatar, welchem die geliehene Sache entwendet worden ist, eine Klage auf Rückgabe derselben gegen den Dieb habe; die condictio furtiva konnte nicht gemeint sein, weil sie nur dem Eigenthümer zusteht, auch die actio furti nicht, weil sie nicht auf Rückgabe der Sache geht. Die Glosse untersucht nun, an welche Klage wohl hier zu denken sei[702]. Obwohl die Frage hier kein unmittelbares Interesse hat, weil nur von einer Klage gegen den Dieb die Rede ist, so hat man doch später das von der Glosse gewonnene Resultat auf die Klage gegen den Dritten übertragen, weshalb hier der Sache gedacht werden muß. Bei dieser Gelegenheit zählt die Glosse fünf Klagen auf, welche in Betracht kommen könnten, theils billigend, theils verwerfend, nämlich: 1) condictio incerti, die Ansicht Hugolino's, welche verworfen wird; 2) actio in factum; 3) officium iudicis; 4) actio ex L. 14. C. de agric. (XI. 48. (47.)); zu 2—4. war dies die Meinung Azo's unter Beistimmung

702) Gl. rem furtivam ad L. cit. Gl. incerti zu L. 12. §. 2. D. de condict. furt. (13. 1.)

der glossa ordinaria; 5) actio triticaria. Die Glosse zum kanonischen Rechte zählt vier Gattungen[703]: hoc autem scias, quod quatuor sunt auxilia prodita, per quae petitur restitutio: 1) actio, wobei als Beispiele actio quod metus causa und actio doli angeführt werden; 2) interdictum (sc. unde vi); 3) condictio ex canone (sc. Red. seu Saepe); 4) iudicis officium. Die Glosse erkennt dabei ausdrücklich an, daß einige dieser Klagen gegen jeden Besitzer gerichtet seien, andere nicht; der Grund der Zusammenstellung ist in dem Worte restitutio zu suchen; das Gemeinschaftliche liegt also darin, daß der gegenwärtige Besitzer einer Sache diese dem früheren Besitzer zurückgeben muß, ohne daß letzterer ein contractliches oder Eigenthumsrecht nachzuweisen hätte, blos deshalb, weil der frühere Besitzer den Besitz wider seinen Willen, im weitesten Sinne des Wortes, verloren hat. Innocenz IV. zählt in seinem Commentar zu den Decretalen in ähnlicher Weise theils billigend, theils verwerfend auf: interdictum, actio in factum, condictio ex can. Red., actio de dolo, actio quod metus causa, actio ex L. 14. C. de agric.[704]. Hostiensis fügt hinzu: vel potest aliter diversificari, und warnt den Kläger, ja nicht die falsche Klage zu wählen[705]. Durantis geht schon weiter: remedia spoliatis a iure concessa sunt octo: 1) interdictum U. V.; 2) iudicis officium; 3) condictio ex decr. Saepe; 4) condictio ex can. Red.; 5) auxilium const. 7. C. unde vi; 6) Edictum D. Marci; 7) const. 5. C. unde vi; 8) const. ult. C. eod. Im Laufe der Zeit wächst diese Zahl immer mehr und Maranta († 1530) bringt es zu der großen Zahl von 22 Rechtsmitteln dieser Art, welche er als possessoria recuperandae possessionis bezeichnet[706]. Menochi ist bescheidener, indem er sich mit 17 Stück begnügt[707]. Von diesen sog. Klagen sind hier diejenigen von Interesse, welche zu gewissen Zeiten und bei gewissen Auctoritäten der dinglichen Klage des teutschen Rechtes zum Stützpunkte und zur Einkleidung haben dienen müssen. Diese sind im Folgenden näher zu betrachten. b) Iudicis officium. In älterer Zeit meinte man, der Richter sei berechtigt und verpflichtet, in allen Fällen, wo das positive Recht eine von der Billigkeit gebotene Aushilfe versage, solche aus eigener Macht zu gewähren, sei es als Klage oder als Einrede. Schon die Glosse weist dem Richter diesen Beruf zu[708]. Am klarsten spricht sich darüber Durantis aus: Ubi deficit lex et contractus, iudex facit, quod sibi de bono et aequo videtur. Proponitur iud. off. quandoque loco actionis, quandoque impedit actionem. Und: Off. iud. latissime

---

703) Zum Dict. Grat. bei C. 3. qu. 1.
704) Zu cap. 15. u. 18. X. II. 13.
705) Summa II. de rest. spol. nr. 6.
706) Spec. aur. p. IV. dist. 7. nr. 28 sq.
707) De recup. poss. Siehe auch Gaill, Obs. II. 75. nr. 8. und Ripa zu L. 15. D. de acquir. poss. nr. 15.
708) Gl. rem furtivam zu L. 22. §. 3. C. de furtis (VI. 2.). cap. 2. X. de off. iud. (I. 32.) nebst Glosse.

patet; datur enim, ubicunque alia actio non datur[709]). Er giebt dann auch eine Menge von Beispielen. Eine solche Klage bezeichnete man selbst zuweilen mit dem Namen officium iudicis. Man suchte der dinglichen Klage des teutschen Rechtes auf diesem Wege Eingang zu verschaffen. Schon Hugolinus that dies, wie die Gl. facile zu L. 19. D. de hered. petit. (5. 3.) berichtet: Sed quid si rem meam tibi commodavi, nunc reperis penes alium: numquid poteris agere contra eum? Resp. non aliqua actione, sed forte officio iudicis secundum H. Ebenso Roffredus, nach der Mittheilung von Durantis, welcher bei der Streitfrage, ob Jemand blos aus älterem Besitze klagen könne, nach Angabe verschiedener Meinungen hinzufügt: Rof. dixit, quod mihi iudicis officio subvenitur[710]). Die Glosse zum Decret stellt iudicis officium neben interdictum, actio und condictio ex canone und sagt: item per iud. off. petitur restitutio, cum aliquis propter absentiam perdit rem suam ... potest agi contra quemlibet possessorem[711]). Innocenz IV. in seinem Commentar zu den Decretalen giebt dem des Besitzes Entsetzten das interd. Unde vi, officium iudicis und condictio ex decret.[712]). Bartolus will insbesondre dem Commodatar und Depositar, welcher unfreiwillig den Besitz einer geliehenen oder ihm anvertrauten Sache verloren hat und sie von dem gegenwärtigen Besitzer zurückfordert, mit dem officium iudicis zu Hilfe kommen[713]). In einer additio zur Glosse a dominis zu L. 2. C. de furtis (VI. 2.) heißt es nach Abbas, einem Commentator der Decretalen: antiquior possessor potest contra secundum possessorem etiam bona fide possidentem implorare officium iudicis, vel agere condictione ex L. Si coloni. Aehnliches lehren Durantis[714]), Maranta[715]) und Menochi[716]). Noch Mevius sagt: singularis successor etsi iusto titulo et bona fide possidens iudicis officio ad restituendam possessionem compellandus est[717]). b) Remedium ex Lege Si coloni. Das römische Recht hat eine eigenthümliche Bestimmung in Bezug auf flüchtige Colonen[718]). Diese paßte trefflich zu den gangbaren Ansichten germanischen Ursprunges und man glaubte sich berechtigt, die Bestimmung als Ausfluß einer all-

---

709) Lib. I. Tit. de off. omn. iud. §. 1. nr. 3. u. §. 2. Lib. IV. Tit. de off. iud. nr. 1.

710) Spec. iur. Lib. II. Tit. de petit. poss. et spol. §. 1. nr. 33.

711) Glosse zum Dict. Grat. bei C. III. qu. 1.

712) Zu cap. 9. X. de probat. (II. 19.) nr. 6.

713) Zu L. 15. D. de acquir. poss. (41. 2.) nr. 1.; zu L. 12. §. 2. D. de condict. furt. (13. 1.) nr. 13.; zu L. 19. D. de hered. petit. (5. 3.)

714) Spec. Lib. IV. de rest. spol. §. 1. nr. 12.

715) De ord. iudic. P. IV. d. 7. nr. 43.

716) De recup. poss. rem. 17.

717) Dec. P. VIII. dec. 383.

718) L. 14. C. de agric. (XI. 48. (47.)): Si coloni, quos bona fide quisque possidet, ad alios fugae vitio transeuntes necessitatem propriae conditionis declinare tentaverint, bonae fidei possessori primum oportet celeri reformatione succurri, et tunc causam originis et proprietatis agitari.

gemeinen Regel zu betrachten. Zunächst verstattete die Glosse auf Grund dieser Stelle dem bonae fidei possessor eine Klage gegen den Dieb auf Rückgabe der Sache[719]; sie ging aber noch weiter und gab die Klage aus älterem Besitze auch gegen den dritten Inhaber[720]). Obgleich die Gl. erepta est zu L. 15. D. de acquir. poss. (41. 2.) anderer Meinung war: non tamen habet locum aliquod possessorium iudicium (in Bezug auf gestohlene oder geraubte Mobilien), nisi occasione immobilium rerum, so hielt man sich doch mehr an die erstere, mehr zusagende Stelle und nahm an, daß die L. Si coloni die vermißte Klage aus älterem Besitze gewähre[721]). Diesen Widerspruch der Glosse beseitigte Bartolus dadurch, daß er annahm, in der zweiten Stelle sei nur das Interdict versagt: sed alia iuris remedia bene competunt ad possessionem recuperandam. d) Condictio triticaria. Das römische Recht gestattet im Falle des Diebstahles oder Raubes dem Eigenthümer die Condiction gegen den Dieb, auch wenn dieser die Sache selbst noch besitzt. Eine Hauptstelle dafür ist L. 1. §. 1. D. de condict. tritic. (13. 3.). Selbstverständlich verlangten die Römer hierbei vom Kläger den Beweis des Eigenthums und des Diebstahles. Allein nach der Auffassung der Glossatoren war, weil in der gedachten Stelle der Beweis des Eigenthums nicht ausdrücklich als Bedingung genannt wird, dieser nicht nothwendig und es wurde darin das Eigenthümliche der condictio triticaria gefunden. Sie nahmen daher an, daß mit dieser Klage auch der bonae fidei possessor auf Zurückgabe der Sache klagen könne[722]). Hierbei wurde zunächst an die Klage gegen den Dieb gedacht. Die Postglossatoren aber verstanden die Glosse auch von der Klage des bonae fidei possessor gegen den dritten Besitzer, und so wurde auch die sog. condictio triticaria zur Stütze für die dingliche Klage des teutschen Rechtes[723]). e) Condictio ex L. cum quaerebatur. In L. 11. C. VIII. 4. hat Justinian verordnet, daß, wenn Jemand einen Besitz durch bloße Abwesenheit verliert und ein Dritter diese vacua possessio occupirt, der frühere Besitzer das Recht habe, die Restitution des Besitzes mittelst des interd. unde vi zu fordern. Man benutzte diese treffliche Gelegenheit zur Anknüpfung an die herrschenden Anschauungen. Durantis sagt sehr bestimmt: hoc casu sufficit probare, me possedisse, licet nullam probem deiectionem; nam quilibet praesumitur occupare, nisi probet iustum

719) Gl. rem furtivam zu L. 22. §. 3. C. de furtis (VI. 2.) Gl. incerti zu L. 12. §. 2. D. de condict. furt. (13. 1.)]

720) Gl. a dominis zu L. 2. C. de furtis (VI. 2.)

721) Innocenz und Hostiensis, Comm. zu cap. 18. X. de restit. spol. (II. 13.) Bartolus; siehe die Citate in Note 713. Maranta, Spec. aur. IV. 7. nr. 46. Menochi, de recup. poss. rem. 10.

722) Gl. rem furtivam zu L. 22. §. 2. C. de furtis (VI. 2.) Gl. incerti zu L. 12. §. 2. D. de condict. furt. (13. 1.)

723) Bartolus; siehe die Citate in Note 713. Io. Faber, Inst. de Interd. (IV. 15.) §. Recup. nr. 4. Maranta, Spec. aur. IV. 7. nr. 39, Menochi, de recup. poss. rem. 3.

initium suae possessionis. Si autem probaverit, se iustam causam possidendi habere, non praesumitur occupasse[724]). Ausführlicher lehrt dasselbe Bartolus im Commentar zu obiger Stelle, wo namentlich folgende Sätze vorkommen: sufficit te probare possedisse (Nr. 3); sufficit dolus praesumtus auf Seiten des Beklagten, in possessore sine titulo praesumitur mala fides, sed praesumtio haec non potest opponi, nisi a veteri possessore (Nr. 9, 15). Diesen bedeutenden Auctoritäten folgten auch die Späteren[725]). Selbst Cujacius konnte sich von dem Einflusse der französischen Praxis nicht losmachen und knüpfte an obige Stellen in Verbindung mit anderen Coderstellen sein generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie beneficium reintegrandae possessionis appellamus, was im wesentlichen mit dem remedium ex can. Red. übereinstimmt[726]).

6) Fortdauer als possessorium mixtum. Stand gleich die Ansicht fest, daß eine auf älterem Besitze beruhende und auf Restitution des Besitzes gerichtete Klage possessorisch sei, so mußte sich doch die petitorische Natur derselben besonders dann geltend machen, wenn die Parteien durch Einrede, Replik und Duplik zum Beweise des Titels oder gar bis zum Beweise des Eigenthums vorschritten. Man hätte sich nicht so lange der richtigen Auffassung entziehen können, wenn sich nicht die Lehre von der Cumulation des Petitoriums und des Possessoriums als ein bequemer Deckmantel dargeboten hätte. Das Bedürfniß der Cumulation fühlten, ungeachtet nach den Quellen die Besitzfrage und die Rechtsfrage processualisch getrennt werden soll, schon die Glossatoren. Die Meinung des Martinus, welcher für die Cumulation war, während Bassianus und Azo sich dagegen erklärten, erhielt die Oberhand und wurde in die glossa ordinaria aufgenommen. Man machte jedoch einen Vorbehalt, indem man bei dem interd. recup. poss. die Cumulation ausschloß, quia contrariis ventis flantibus navigare non licet; denn bei diesem Interdict muß Kläger Besitzer sein; bei der Vindication darf er es nicht sein[727]). Meistens ohne Rücksicht auf diesen Vorbehalt, erklärten mehrere päbstliche Entscheidungen, bis auf eine von Innocenz III. herrührend, die Cumulation theils für zulässig, theils setzten sie solche als zulässig voraus[728]). Die Glosse bemerkt, daß das römische Recht die Trennung vorschreibe, erwähnt die Controverse unter den Glossatoren des römischen Rechtes und spricht endlich sich dahin aus, daß das römische Recht durch das kanonische

724) Spec. iur. IV. Tit. de rest. spol. §. 1. nr. 19 sq.

725) Maranta, de ord. iud. p. IV. 7. nr. 54. Menochi, de recup. poss. rem. 13. insbes. nr. 62 sq.

726) Paratitla in Cod. Unde vi. — Obs. Lib. XIX. cap. 16. Lib. I. cap. 20.

727) Gl. zu L. 37. D. de iud. (5. 1.) Gl. iudice zu L. 13. C. de R. V. (III. 32.) Gl. quaestionem zu L. 3. C. de interd. (VIII. 1.) Haenel, Dissens. Dominorum, Hugolinus, §. 169, S. 387. Gl. Possessorio zu cap. 6. X. de caus. poss. (II. 12.)

728) Cap. 2—6. X. II. 12. cap. 36. X. II. 20.

hierin abgeändert sei, wobei denn auch in Ansehung des interd. uti poss. eine Ausnahme anerkannt wird[729]. Bartolus ließ diese Ausnahme nicht unbedingt gelten, da er den Satz aufstellt, daß das interd. uti poss. zuweilen recuperatorisch sei; die contrarietatis ratio, wie die Glosse zu den Decretalen sich ausdrückt, ist ihm also dann nicht vorhanden, wenn der Besitz diversis respectibus vorkommt, d. h. wenn der Kläger für sich nur den Civilbesitz, den Naturalbesitz auf Seiten des Beklagten aber zugiebt[730]. Die Lehre des Bartolus blieb dann die herrschende; die Späteren haben wenig hinzugethan. Das wesentliche Resultat war, daß man die Cumulation überall zuließ, außer im Falle der echt römischen Besitzstörungsklage. Aber auch diese Ausnahme wurde später durch die Erfindung der eventuellen oder alternativen Cumulation beseitigt. Außer dem Falle der eigentlichen Klagencumulation entstand eine Vermischung des Besitz- und Rechtsstandes auch dann, wenn gegen eine Besitzklage eine petitorische Einrede, namentlich die des Eigenthums, vorgeschützt und zugelassen war. Ein solcher Proceß wurde im Anschlusse an die L. 2. §. 2. D. 43. 1. possessorium, quod causam habet dominii, genannt. Einen gewissen Gegensatz hierzu bildete das bloße Coloriren des Besitzstandes, ein schon früh vorkommender Ausdruck. Man bezeichnete damit die Bescheinigung des Titels und sprach von einem titulus coloratus und discoloratus. Die Praxis bediente sich nicht selten dieser Form, um unter derselben der dinglichen Klage des teutschen Rechtes Eingang zu verschaffen. So gelangte man denn zu einem possessorium mixtum, welches bald alle genannten Fälle, bald einzelne derselben umfaßte, und hinsichtlich dessen man annahm, daß 1) die Einrede des Titels zulässig und durchgreifend sei, was sonst bei dem Possessorium bestritten war, und daß 2) der entbundene Beklagte die exceptio rei iudicatae gegen die etwa später angestellte petitorische Klage habe[731]. Da eine bestimmte dogmatische Ausbildung fehlt, so hatte die Praxis desto freiere Hand, die dingliche Klage des teutschen Rechtes und das Princip der Relativität unter dem Namen des possessorium mixtum zur Anwendung zu bringen.

CC. Ansätze zur Fortdauer als dingliche Klage. — 1) Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze. Diese ist zunächst in Bezug auf den gegenwärtigen Besitzer zu betrachten. Auf dem Standpunkte des römischen Rechtes bedarf der Satz, daß der Kläger abgewiesen wird, wenn er sein Eigenthum nicht beweist, ohne daß der Beklagte irgend thätig ist, nur der Erklärung, daß der Richter unthätig bleiben muß, wenn ihn der Kläger von dem Dasein seines Rechtes nicht überzeugt. Nach dem germanischen Rechte hingegen muß der Beklagte nicht nur etwas thun, um sich das Beweisrecht zu ver-

729) Gl. expressum zu cap. 6. X. II. 12. Gl. possessorio zu cap. 6. eod.
730) Zu L. 12. §. 1. D. de acquir. poss. nr. 10—12. 16. 19.
731) Belege für beide Sätze führt an Delbrück a. a. O. S. 183, N. 11, 12.

schaffen, sondern er muß auch, wenn ihm das Beweisrecht zuerkannt ist, sein Eigenthum beschwören. So war es natürlich, daß die Begründer des modernen Rechtes ihre germanistische Anschauungsweise durch eine anderweite Motivirung jenes römischen Satzes zu beruhigen suchten. Diese fanden sie in der Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze, welche dem römischen Rechte fremd ist, wenn man nicht etwa ungebührliches Gewicht auf die Worte der L. 2. C. IV. 19. legen will: te in probatione cessante dominium apud eum (sc. possessorem) remaneat. An diese Stelle knüpft nun Placentinus jene Präsumtion, welche Accursius wenn auch nicht ausdrücklich billigt, doch auch nicht verwirft[732]). Sie kommt auch vor in der Glosse zu den Decretalen[733]), in den italienischen Stadtrechten[734]) und in der italienischen Theorie[735]). Von den Teutschen genügt es Mevius[736]) und Carpzov[737]) zu nennen. Selbst Savigny hat diese Präsumtion erst in der sechsten Ausgabe seines Werkes über den Besitz aufgegeben[738]). Doch läßt sich der Sache ein Gesichtspunkt abgewinnen, welcher nichts weniger als römisch ist. Zunächst müßte die Vermuthung wegfallen und der Beklagte verurtheilt werden, wenn der Kläger nur die Rechtlosigkeit des Besitzes des Beklagten nachweisen könnte. Sodann läßt sich mit Vermuthungen gegen Vermuthungen streiten, und so konnte man dahin kommen, den Kläger in seiner Beweisführung wesentlich zu erleichtern. „Dixit Placentinus, heißt es in der Glosse[739]), quod satis est ad dominii probationem probare haec tria, emtionem, vacuae possessionis traditionem et pretium solutum, quod non placet. Diese gemißbilligte Meinung geht, wiewohl niemals als herrschende, durch das ganze Mittelalter und die spätere Zeit hindurch und ist wieder neuerdings von Schömann, Thibaut, Henschel, Kritz lebhaft vertheidigt worden, wie bereits früher in diesem Artikel bemerkt worden ist. Für die römische Vindication ist diese Ansicht nach dem früher Ausgeführten unhaltbar. Noch weit folgenreicher aber wird jene Präsumtion, wenn man sie auf ehemaligen Besitz bezieht. Auch diesen Schritt hat schon Placentinus gethan. „Item dicit, heißt es in der Glosse[740]), quod eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur et vindicat, si a

732) Gl. dominium zu L. 2. C. cit. Gl. amoveri zu L. 27. D. de condit. instit. (28. 7.) Gl. dominos zu L. 6. C. Unde vi (VIII. 4.)

733) Gl. probatum zu cap. 6. X. de institut. (III. 7.)

734) So im Stadtrecht von Pavia. Die Stelle citirt Delbrück a. a. O. S. 203.

735) Menochi, de praesumt. praes. 63. lib. VI. Mascard, de prob. c. 537—540.

736) Dec. I. dec. 186. nr. 4. dec. 53. nr. 8.

737) Iurispr. for. P. I. Const. 16. def. 23. nr. 4.

738) Recht des Besitzes S. 42, Anm. 1, 6. Ausg. In der 3., 4. u. 5. Ausg. hatte er sie angenommen.

739) Gl. in vacuam zu L. 12. C. de probat. (IV. 19.) Cf. Gl. a non domino zu L. 1. pr. D. de Publ. in rem act. (VI. 2.)

740) Gl. in vacuam zu L. 12. C. de probat. (IV. 19.)

possessione cadit; quod non placet.“ Dennoch war diese Auffassung nicht ganz zu verdrängen und tritt mehrfach hervor[741]). Stehen nun zwei Besitzer einander gegenüber, so waren zwei Präsumtionen vorhanden, welche einander aufheben. In dieser Verlegenheit drückte man sich entweder so unbestimmt aus, daß man oft nicht ersehen kann, ob die Präsumtion aus älterem oder aus gegenwärtigem Besitze gemeint ist oder man ließ die eine Präsumtion durch die andere verdrängt werden. Als herrschende Meinung ist schließlich diejenige anzusehen, welche, soweit von einer als dinglich anerkannten Klage die Rede ist, den gegenwärtigen Besitzer vorzieht[742]).

2) Die sog. Pflicht zur Angabe des Besitztitels. Das römische Recht kennt eine solche Verbindlichkeit nicht. Beweist der Kläger Eigenthum oder Usucapionsbesitz, so wird der Beklagte, wenn er geeignete Einreden nicht vorbringen kann, verurtheilt; kann der Kläger diesen Beweis nicht führen, so wird der Beklagte blos wegen seines gegenwärtigen Besitzes entbunden. Nur für die hereditatis petitio wird die Frage bei den Römern in der späteren Kaiserzeit aufgeworfen und für diese Klage dahin beantwortet, daß nur bei dieser Klage der Beklagte sagen müsse, ob er pro herede oder pro possessore besitze[743]). Gerade umgekehrt geht das germanische Recht davon aus, daß der Beklagte es sei, welcher über den Grund seines Besitzes zunächst Auskunft geben müsse, und diese Ansicht erhielt sich bei dem Zusammenstoße beider Rechte. Bei den Glossatoren, den älteren Processualisten und selbst bei Bartolus findet sich im wesentlichen noch nichts davon. Nur Placentinus macht auch hier eine Ausnahme: Sed et illud notandum est, quod dicitur, res alienas possidentem non debere restituere, nisi suam intentionem impleuti, debet intelligi, vel quasi impleuti. Hoc autem fit .... ut si quis probet se retro possedisse .... quippe in hac actione non petitur, sed possessor suae possessionis titulum dicere cogitur et probare[744]). Selbst Baldus und Barthol. Socinus kennen nur Eine wirkliche Ausnahme von der Regel der L. 11. C. III. 31. Die eigentliche Quelle der Lehre ist die Glosse zum kanonischen Rechte[745]). Sie stellt ebenfalls zwar die Nichtverpflichtung als Regel auf, läßt aber eine Anzahl weitgreifender Ausnahmen zu, von welchen hier besonders zwei interessiren: 1) cum iam est praesumtio contra possessorem, welche auf L. 5. C. de furtis (VI. 2.) und 2) fundata intentione actoris, welche auf L. 16. C. de probat. (IV. 19.) gestützt wird. Bei der Unbestimmtheit dieser Begriffe war der weiteste Gebrauch davon zulässig und es läßt sich schon im voraus vermuthen, daß man sie zu Gunsten des älteren

741) Siehe die Citate bei Delbrück a. a. O. §. 32, N. 17, S. 187.

742) Menochi, de praesumt. VI. pr. 63. nr. 10. Mascard, de probat. c. 540.

743) L. 11. C. III. 31.

744) Summa in Cod. Lib. III. tit. 32. i. f.

745) Gl. non cogitur zu can. 1. C. 2. qu. 1.

Besitzes gedeutet haben wird, ja daß namentlich die letztere Ausnahme gerade hierauf speciell zu beziehen ist. Dies kann auch bestimmt nachgewiesen werden. Innocenz und Hostiensis lehren nämlich beide übereinstimmend: fundata est intentio actoris per probationem antiquioris temporis[746]). Hiermit war die Regel des römischen Rechtes vollständig aufgehoben; denn wenn der gegenwärtige Besitzer sich dem früheren Besitzer gegenüber nicht darauf berufen kann, so läßt sich niemand denken, gegen welchen er sich derselben bedienen könnte. Der Mangel des Bewußtseins davon ist eine Eigenthümlichkeit jener Zeit, welche weder den eigenen Rechtsgedanken, noch die Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte aufgeben mochte. Die Regel des römischen Rechtes wurde nun so aufgefaßt, daß sie nur gegen den gelte, welcher seinen Anspruch in keiner Weise, selbst nicht durch Berufung auf älteren Besitz begründen konnte, und brachte sie in Verbindung mit dem Verbote der Selbsthilfe[747]). Am wunderbarsten zeigt sich diese völlige Umkehrung der römischen Anschauungsweise darin, daß man die Regel der L. 11. C. III. 31. nicht nur auf den gegenwärtigen, sondern auch auf den ehemaligen Besitzer bezog[748]). Diese Lehre, welche allgemeine Anerkennung bei den Praktikern fand[749]), nahm man bereitwillig in Teutschland an; sie verbreitete sich namentlich durch das große Ansehen von Mevius[750]); auch schrieb Stryk eine eigene Dissertation de possidente non meliore[751]), in welcher er die Kehrseite des Satzes: melior est conditio possidentis, zeigen will und mit der Schilderung des älteren Besitzes anfängt. So erhielt sich die Lehre Jahrhunderte hindurch sowohl im gemeinen Rechte als in Particularrechten[752]), und verschwand erst dann aus den Lehrbüchern, nachdem die historische Schule, Savigny an der Spitze, die Bemerkung gemacht hatte, daß sie keinen Boden im römischen Rechte habe.

3) Versuche zur Benutzung der Publicianischen Klage. Bei dem Zusammenstoße des fremden und des einheimischen Rechtes wäre es natürlich gewesen, die römische Publicianische Klage und die teutsche dingliche Klage zusammen zu verschmelzen. Man behielt aber vielmehr formell die römische Klage in ihrer überlieferten Gestalt bei und stellte das einheimische Petitorium daneben. Dennoch

---

746) Zu cap. 9. X. de prob. Host. §. ex praem. und Innoc. nr. 5. Letzterer auch zu cap. 13. X. de probat. (II. 19.)

747) Z. B. Glosse zum sächs. Weichbild (Ausg. v. 1547) zu Art. 29, col. 4.

748) Z. B. Gl. titulum zu cap. 19. X. de probat. (II. 19.): Quare tenentur isti ostendere titulum, cum probent se possedisse et possessor non compellitur dicere titulum suae possessionis.

749) S. z. B. Menochi, de praesumt. VI. pr. 69. Mascard, de probat. c. 1201. nr. 65.

750) Dec. P. IV. dec. 356. 357. VI. dec. 151. III. dec. 205.

751) In Opp. Vol. V. nr. 24. vgl. mit nr. 25.: de necessitate edendi titulum.

752) S. die Citate bei Delbrück a. a. O. §. 33, N. 10, 11, S. 190.

fehlt es nicht an einzelnen Stimmen, welche jene Richtung anbahnen[753].

DD. Fortdauer in der hypothekarischen Klage. Zu den Erfordernissen der hypothekarischen Klage gehört, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer der verpfändeten Sache gewesen sei[754]. Der Kläger muß diesen Beweis jedenfalls dann führen, wenn die Klage gegen den dritten Besitzer angestellt wird. Schon das römische Recht ließ die Klage aber auch dann zu, wenn der Verpfänder wenigstens den Usucapionsbesitz gehabt hatte, natürlich aber nur gegen diejenigen, gegen welche der Verpfänder die Publicianische Klage hätte anstellen können[755]. Das moderne Recht mußte noch einen Schritt weiter gehen und dem Pfandgläubiger auch dann und soweit eine Klage verstatten, als der Verpfänder die Klage aus älterem Besitze mit Erfolg anstellen könnte. Schon die Glosse ließ die Klage in diesem Umfange zu und wußte die entgegenstehenden Ansprüche der Quellen auf verschiedene Weise zu umgehen. In der Glosse quasi zu §. 7. Inst. IV. 6. wurde zwar die hypothekarische Klage preisgegeben, dafür aber das interd. Salvianum benutzt und der Unterschied zwischen beiden Rechtsmitteln dahin angegeben, daß bei der hypothekarischen Klage der Gläubiger das Eigenthum des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung zu beweisen habe, bei dem interd. Salvianum aber der Beweis des Besitzes des Verpfänders zu diesem Zeitpunkte genüge. An zwei anderen Stellen[756] aber wurde das germanische Element selbst in die hypothekarische Klage verlegt; das römische Recht disputirte man theils durch die Annahme weg, daß da, wo der Beweis des Eigenthums gefordert werde, der Besitzer in mala fide gewesen sei, theils durch den Satz: illud de rigore, hoc de aequitate, theils endlich auf eine den Worten der Quellen anscheinend ganz entsprechende Weise[757]. Bartolus verfolgte den eingeschlagenen Weg und suchte dabei etwaigen Einwürfen dadurch zu begegnen, daß er sich möglichst allgemein aussprach. Er bleibt nämlich für die hypothekarische Klage im wesentlichen bei dem römischen Rechte, läßt aber ein utile interdictum zu, ohne sich darüber zu erklären, ob das Salvianum gemeint sei. Er sagt: nam si debitor possidebat et perdidit possessionem, ipse posset eam avocare aliquo interdicto: ergo et creditor, unde sufficeret probare debitorem possidere[758]. Die Praktiker nahmen diese Lehre an, was um so natürlicher war, als mehrere italienische Stadtrechte sie

---

753) S. darüber Delbrück a. a. O. S. 191 flg.

754) L. 15. §. 1. D. 20. 1. L. 23. D. 22. 3.

755) L. 18. L. 21. §. 1. D. 20 1.

756) Gl. Pignoratitiae zu L. 5. C. si aliena res (VIII. 15. (16.)) Gl. Pign. zu L. 41. D. de pign. act. (13. 7.)

757) Es wird nämlich in L. 15. §. 1. D. 20. 1. L. 5. C. si aliena res (VIII. 15. (16.)) gesagt, der Kläger solle beweisen, rem in bonis eius fuisse, und in L. 49. D. 50. 16. heißt es: in bonis autem nostris computari sciendum est quae bona fide a nobis possidentur.

758) Zu L. 41. D. de pign. act. (13. 7.) nr. 8. 9.

sanctionirt hatten[759]). Auch in Teutschland wurde diese Praxis anerkannt, theils so, daß man bei der hypothekarischen Klage nur den Beweis des Besitzes verlangte, theils auch so, daß man ein interd. Salvianum utile annahm[760]); insbesondre verlangte nach dem Zeugnisse von Gaill[761]) das Reichskammergericht den Beweis des Eigenthums nicht. Viele beschränkten den Satz auf den Fall, daß der dritte Besitzer die Sache vom Schuldner hat[762]) und so beschränkt findet sich der Satz noch in neueren Lehrbüchern.

EE. Fortdauer im geschriebenen Rechte. 1) Vorbemerkungen. Bisher ist gezeigt worden, in welcher Weise und unter welchen Formen Theorie und Praxis die dingliche Klage des teutschen Rechtes beibehalten und umgebildet haben. Auch die Gesetzgebung ist, wie Delbrück durch eine Reihe von Zeugnissen dargelegt hat, denselben Weg gegangen. Die Gesetzgebung nimmt hier eine um so wichtigere Stellung ein, als sie direct auftritt und daher den Rechtssatz weit reiner und unverfälschter darstellt, während Theorie und Praxis der Verhüllung und Anlehnung an anderweite Rechtsinstitute sich bedienen mußten. Die nachher anzuführenden Gesetze und Statuten, welche dem Particularrechte angehören, haben keine formelle Bedeutung für das gemeine Recht. Anders aber steht die Sache in materieller und geschichtlicher Beziehung. Sie sind die sprechendsten Zeugnisse der modernen Rechtsentwickelung und unterstützen wesentlich das in dem Bisherigen für das gemeine Recht gewonnene Resultat. Auch beweist die Aufnahme der Klage in die Particularrechte, daß sie in der That auf einem praktischen Bedürfnisse beruht. In diesem Sinne ist auch die Zusammenstellung der hier einschlagenden Particularrechte gemeinrechtlich von Bedeutung. In diesem Sinne kommt es aber nicht sowohl darauf an, in welchen Punkten das Particularrecht vom gemeinen Rechte abweicht, als vielmehr darauf, in welchen es mit demselben übereinstimmt. In diesem Sinne endlich haben alle auf germanischer Grundlage beruhenden Rechte, mögen sie noch heute giltig sein oder nicht, gleichen Werth. Je reiner das Particularrecht die teutsche Klage enthält, um so größere geschichtliche Bedeutung hat natürlich dasselbe. Dies gilt vorzüglich von den älteren Statuten. Je mehr aber im Laufe der Zeit die Lehre und der Gebrauch sich bis zur Unkenntlichkeit verwischen, desto schwächer sind die Aussprüche der Gesetzgebung. Aber auch diese unvollkommenen Kundgebungen sind zu beachten, da jede, auch noch so beschränkte Bevorzugung des älteren Besitzes in germanischer Rechtsanschauung wurzelt und somit die Fortdauer des teutschen

---

759) Namentlich die Statuten von Lucca und Padua. Die Stellen sind abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 202, 203.

760) S. die Citate aus den Schriften der Praktiker bei Delbrück a. a. O. S. 195, N. 7.

761) Obs. Lib. II. obs. 26. und Lib. de pignorat. IV. 6.

762) Glück, Erl. der Pand. Bd. 18, S. 388.

Rechtsgedankens beweisen. Die italienischen Statuten sind an die Spitze zu stellen, weil sie sich am unmittelbarsten an die gemeinrechtliche Lehre anschließen und mit derselben in unzweifelhafter Wechselwirkung gestanden haben.

2) Italienische Statuten des Mittelalters. Die ältesten Bearbeitungen der hierher gehörigen Statuten fallen in die Zeit der Glossatoren und ihrer Nachfolger; sie sind sogar zum Theil von diesen selbst verfaßt. Demzufolge enthalten denn diese Stadtrechte nicht nur viel römisches Recht, sondern es wird auch nicht selten erwähnt, daß die Stadt nach römischem Rechte lebe. Von um so größerer Bedeutung ist es, wenn sich in diesen Statuten germanisches Recht in erheblichem Umfange vorfindet. Schon Savigny[763]) hat anerkannt, daß dies der Fall gewesen sein möge; noch entschiedener ist es von Briegleb[764]) hervorgehoben und nachgewiesen. So erwähnt die Vorrede zu den Statuten von Pisa neben dem römischen Rechte ausdrücklich des longobardischen Rechtes sowie nicht aufgezeichneter Gewohnheiten. Gerade diese Vermischung beider Elemente, welche der Mischung der Einwohnerschaft entsprach und bei dem System der persönlichen Rechte in dem beschränkten Raume einer Stadt dringendes Bedürfniß war, giebt jenen Stadtrechten eine um so größere Bedeutung, als sie das erste Erzeugniß jener eigenthümlichen Thätigkeit sind, durch welche das moderne Recht überhaupt entstanden ist. Die gelehrten Juristen, mit diesen Statuten aus der Praxis wohl bekannt, wußten ihre Bedeutung entschieden zu würdigen. Schon von den Glossatoren werden die Statuten als Rechtsquelle neben den Justinianeischen Rechtsbüchern behandelt[765]); die Commentatoren führen sie sehr häufig an. Wichtig in Bezug auf die dingliche Klage des teutschen Rechtes sind die Statuten von Pisa, Brescia, Lucca, Padua, Pavia, Bologna sowie ein für Neapel und Sicilien erlassenes Gesetz Kaiser Friedrich's II.[766]). Das Ergebniß ist Folgendes. Die italienischen Staaten und Stadtrepubliken ließen — augenscheinlich nicht neuschaffend, sondern die germanische Gewohnheit erhaltend — eine Klage zu, welche der ehemalige Besitzer blos wegen seines älteren Besitzes (Pisa, Brescia, Pavia) oder wenigstens, wenn er den Besitz wider Willen verloren hatte (Neapel), gegen den gegenwärtigen Besitzer auf Herausgabe der Sache anstellen konnte. Der dingliche Charakter der Klage geht theils aus der Zulassung gegen den dritten Besitzer hervor, theils wird er durch die Motivirung angedeutet (Neapel), theils endlich ergiebt er sich aus der Behandlung der Einreden; die Einrede des Eigenthums wird zugelassen (Pisa, Brescia, Lucca), die Einrede des Titels wird theils zugelassen

763) Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 3, S. 473.
764) Executivproceß Cap. 1, §. 4 flg.
765) Savigny a. a. O. Bd. 3, S. 388.
766) Wir verweisen auf die Zusammenstellung der hierher gehörigen Stellen dieser Rechtsquellen bei Delbrück a. a. O. S. 199—205.

(Pisa), theils verworfen (Brescia, Neapel); über Collisionen zwischen dem Alter des Titels und des Besitzes kommen specielle Vorschriften vor (Lucca, Pisa). Außerdem finden sich vor: die Vermuthung des Eigenthums aus früherem Besitze (Brescia, Pavia), die Vermuthung gegen den gegenwärtigen Besitzer (Bologna), die Störung durch bloßen Widerspruch (Brescia), endlich die Ausdehnung des Princips auf die Pfandklage (Lucca, Padua).

3) Die Carolina. Die Peinl. Gerichtsordnung Karl's V. enthält mehrere Bestimmungen, welche in der hier fraglichen Beziehung einen gesetzlichen Anhalt gewähren. Die wichtigste dieser Bestimmungen ist im Art. 208 enthalten[767]). Der Artikel hat vielfache Auslegungen gefunden und Sam. Böhmer gesteht zuletzt aufrichtig, daß er ihn nicht verstehe und sich nur wundere, daß seine Vorgänger nicht das Auffallende bemerkt hätten. Nachdem Zöpfl die Quelle des Gesetzes, das alte Bamberger Recht, veröffentlicht hat, ist es klar geworden, daß nicht das römische, sondern das ältere teutsche Recht dem Artikel zu Grunde liegt und daß nur von hier aus die Stelle richtig erklärt werden kann. Zunächst ist anzunehmen, daß der Artikel von der Civilklage des Bestohlenen rede, aber nicht etwa blos von der Klage gegen den Dieb, sondern auch von der Klage gegen den dritten Besitzer; denn Art. 207 setzt den Fall, daß der Beklagte „unwissent des unrechten herkommens die gemelten verlustigen hab an sich bracht hat", der Art. 208 spricht von der Einrede des rechtlichen Erwerbes, der Art. 209 von der Einrede der Ersitzung und der Art. 213 von dem Anspruche des Besitzers auf Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises[768]). So auffällig uns jetzt der Vortrag der Theorie einer Civilklage in einem Strafgesetzbuche sein würde, so war dies doch ganz im Geiste der älteren teutschen Rechtsquellen und namentlich des älteren Bamberger Rechtes[769]), erklärt sich überdies aus der allgemeinen Ueblichkeit des Adhäsionsprocesses[770]). Der Inhalt dieses Klagrechtes ist bedingt 1) durch den Beweis des Eigenthums, 2) durch den Beweis des Diebstahles oder Raubes. Das römische Recht kennt eine solche Klage nicht; denn die condictio furtiva ist keine dingliche Klage und die Vindication oder Publiciana beruht nicht auf dem Beweise des unrechtmäßigen Besitzverlustes. Wenn schon

---

767) Der Artikel lautet nach der Ausg. Jena 1826 so: „Bewise aber eyn kleger inn obgemeltem fall der anspruchigen hab halben, die eygenschafft genugsam, und kündt doch dabei nit beweisen, daß im die durch raub oder diebstall entwent worden wer, und die antwurten möchten dargegen zu recht gnug nit darbringen, daß die selbig kriegisch habe, mit gutem rechtmessigem titel, von dem kleger bracht und an sie kommen wer, so soll dem kleger auff sein betewrung mit dem eyde (daß im solche gütter geraubt oder gestolen worden seien) geglaubt werden, und im dieselben abermals inn massen, als obsteht, darauff volgen."

768) Vgl. die ausführliche Erörterung von Delbrück a. a. O. S. 207 —210.

769) Tit. XIII. Zöpfl S. 33.

770) Art. 198, §. ult., 201, 207, 208 der Carolina.

dieser Umstand zu der Annahme nöthigt, daß dies Gesetz die dingliche Klage des teutschen Rechtes meint, so ergiebt sich dies noch besonders daraus, daß fast alle Quellen des germanischen Rechtes und insbesondre das alte Bamberger Recht ihre dingliche Klage genau so beschreiben, wie sie sich in der Carolina wiederfindet[771]). Denn mit einer geringen Veränderung des Ausdruckes kann der Inhalt des Artikels so wiedergegeben werden: 1) kann der Kläger mit Zeugen beweisen, daß die Sache sein sei, so kann er durch seinen alleinigen Eid darthun, daß ihm die Sache gestohlen oder geraubt worden sei; 2) der Beklagte ist jedoch näher zum Beweise, daß er die Sache rechtmäßig vom Kläger erworben habe. Wenn man nun noch 3) die Bestimmung des Art. 207, §. 2 hinzunimmt, daß der Beklagte hinsichtlich seines guten Glaubens näher zum Eide ist, so hat man ein deutliches Bild der Diebstahlsklage des älteren teutschen Rechtes[772]). In processualischer Beziehung ist aber eine merkwürdige Uebergangsstufe wahrzunehmen, eine Mischung der germanischen Eidestheorie und der modernen Beweisführung. Wenn nun auch hiermit bewiesen ist, daß es die dingliche Klage des teutschen Rechtes ist, von welcher die Carolina handelt, so ist damit die Aufgabe, welche Art. 208 derselben bietet, noch nicht gelöst; es ist auch zu erörtern, wie sich dieser Artikel zu dem Ergebniß verhält, welches gemeinrechtliche Theorie und Praxis der dinglichen Klage des teutschen Rechtes bisher geliefert haben. Es scheint hier ein erheblicher Widerspruch vorzuliegen, indem nach dem Bisherigen der Beweis des ehemaligen Besitzes genügt, während hier Beweis des Eigenthums gefordert wird. Dieser anscheinende Widerspruch verschwindet in Betracht des Sprachgebrauches der damaligen Zeit. In älteren teutschen Rechtsquellen werden Beweis des Eigenthums und Beweis des ehemaligen Besitzes geradezu einander gleichgestellt. So wird im Görlitzer Rechtsbuche[773]) abwechselnd gebraucht: geziugin daz daz gut sin were und daz er iz verlorn habe. Eben dahin ist zu ziehen, wenn gesagt wird, der Kläger solle Zeugen bringen, welche wissen, daß die Sache sein sei[774]), da doch das Dasein des Eigenthums im juristischen Sinne nicht füglich Gegenstand einer Zeugenaussage sein kann. Nach dem Zusammenstoße beider Rechte nahm man die Vermuthung des Eigenthums aus ehemaligem Besitze

771) §. 110 des Bamb. Rechtes. Kl. Kaiserr. II, 90.

772) Insbesondre ist hinsichtlich des Satzes unter 1) an das Hamburger Stadtr. v. 1276 XII, 5 zu erinnern, wo es heißt: „schal tügen mit guden luden, dat dat gut syn sy, unde sweren allene, dat it ime ofgerovet ofte ofgestolen sy." Vgl. Stat. Stad. XI. 5. Rigens. 148. (Pufendorf, Obs. iur. univ. App. I. p. 225. III. p. 269.) Zu dem Satze unter 2) ist zu vergleichen sächs. Landr. B. 3, Art. 4, §. 1; zu dem Satze unter 3) sächs. Landr. B. 2, Art. 36, §. 5.

773) Homeyer 47, §. 10.

774) Stat. Hamb. v. 1276 XII. 5. Stat. Stad. XI. 5. und Rigens. 148. (Pufendorf l. c. I. p. 215. III. p. 269.) Freising. Rechtsb. Maurer II. c. 33, Anm. 2, Abs. 3. Westenr. §. 76. Wend. Rügianischer Landgebrauch Tit. 91, Abs. 4. Revid. Lüb. Recht Art. 6, IV, 1.

an und entwickelte das Princip der Relativität, nach welchem, wenn der Beklagte sich blos auf seinen gegenwärtigen Besitz stützt, der Beweis des ehemaligen Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt. Nur in diesem Sinne ist in dem Art. 208 vom Beweise des Eigenthums die Rede. Schon die Terminologie der Carolina weist auf diese Relativität hin; der Kläger soll „die eygenschafft genugsam" beweisen. Ein genugsamer Beweis des Eigenthums aber kann schon im Besitze liegen. Dazu kommt, daß der Kläger außerdem noch den Beweis der Entwendung führen muß[775]. Es wäre wirklich unverständig, vom Kläger, welcher sein Eigenthum im strengen Sinne des römischen Rechtes erwiesen hat, noch den Beweis der Entwendung zu verlangen. Niemand würde eine solche Klage anstellen, welche die Schwierigkeiten so unnöthig häuft und es wäre unbegreiflich, warum das remedium ex canone Redintegranda, welches zu dieser Zeit als Universalklage überall galt, allein dem Bestohlenen und Beraubten versagt wäre. Auch die Erklärer der Carolina verstehen sie ganz in dem hier entwickelten Sinne[776]. Es fragt sich ferner, warum der Beweis der Entwendung verlangt wird. Auf dem Standpunkte des älteren teutschen Rechtes liegt die Antwort in der Rechtsregel: „Hand muß Hand wahren." Es ist aber nicht die geringste Spur vorhanden, daß diese Regel zur Zeit der Abfassung der Carolina als gemeinrechtlich betrachtet worden sei. Von Carpzov[777], Mevius[778] und Stryk[779], welche jener Zeit noch so nahe stehen, wird diese Regel als durchaus particularrechtlich betrachtet, und dieselben scheinen kaum zu wissen, daß es jemals anders gewesen sei. Von jener Regel ist also abzusehen. Ferner denkt man unwillkürlich an die hinsichtlich des remedium ex can. Redintegranda bei den Italienern bestehende Streitfrage, ob Beweis der Spoliation erforderlich sei oder die Vermuthung, d. h. der Beweis des ehemaligen Besitzes genüge. Wäre die Carolina auf diese Streitfrage zu beziehen und hätte dieselbe im Sinne der ersteren Ansicht entschieden, so wäre damit der Klage aus älterem Besitze hinsichtlich der Mobilien der gesetzliche Boden entzogen. Dem ist aber nicht so. Gleichzeitige und spätere Auctoritäten, insbesondre die hier in das Gewicht fallende sächsische Praxis unterscheiden in Ansehung der Klage aus älterem Besitze nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und die Carolina giebt zu einem solchen Unterschiede keine Veranlassung. Die Lösung jener Streitfrage der Italiener liegt darin, daß die Klage aus älterem Besitze und die Klage aus Verlust

775) Art. 207, §. 2. „Item so dann der kleger beweist, daß dieselbig hab sein und im raublich oder dieblich genommen sei, soll im die durch recht zuerkannt und wider werden." Art. 209: „künde aber der ankleger seine gebührende Weisung (wie obsteht) nit volefürn, sallen alßdann die antwurter ledig erkant werden."

776) Vgl. darüber Delbrück a. a. O. S. 213 flg.

777) Iurispr. for. P. II. Const. 26. def. 5. nr. 4—9.

778) Ad ius Lubec. art. 1. 2. Lib. III. tit. 2.

779) Usus modern. Pand. VI. 1. §. 7.

des Besitzes wider Willen als verschiedene Arten der dinglichen Klage des teutschen Rechtes anerkannt werden. Die Carolina spricht nun allerdings nur von der letzteren Art; aber daraus folgt nicht, daß sie die erstere verwirft, man müßte dann auch annehmen, daß sie dem Bestohlenen die eigentliche Vindication, von welcher sie auch nicht spricht, versagt habe, während doch ohne Zweifel der Bestohlene die Wahl hat, sich entweder der Vindication oder der Klage aus Art. 208 der Carolina zu bedienen. Es steht fest, daß die Carolina über die Vindication und über die Klage aus älterem Besitze schweigt, während sie Bestimmungen über die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen enthält. Faßt man diese Bestimmungen nun näher in das Auge (denn das Bisherige betraf mehr das, was die Carolina voraussetzt, als was sie verordnet), so will der Art. 208, daß der Kläger, wenn er nur sein Eigenthum beweist, wozu in der Regel der Beweis des früheren Besitzes genügt, zum Eide über die Entwendung gelassen werden soll, außer wenn der Beklagte beweist, daß er die Sache rechtmäßig vom Kläger erworben habe. Dieser Beweissatz des Beklagten ist ein Beleg mehr dafür, daß Art. 208 mit der Regel „Hand muß Hand wahren" nicht in Verbindung zu bringen ist; denn in diesem Falle müßte der Beweis des Beklagten blos darauf gerichtet werden, daß der Kläger die Sache freiwillig aus der Hand gegeben habe. Der Beklagte hat also die Einrede, daß der Kläger die Sache ihm veräußert habe. Dies ist sehr natürlich und brauchte kaum gesetzlich sanctionirt zu werden; es kam also nicht sowohl darauf an, die Gestattung dieser Einrede als vielmehr die Unzulässigkeit anderer Einreden festzustellen. Dies folgt nicht nur aus der Fassung des Artikels, daß die Sache dem Kläger folgen solle, wenn der Beklagte die Einrede nicht beweisen könne, sondern auch aus dem darauf folgenden Art. 209, welcher die Einrede der Ersitzung noch besonders verwirft. Dazu kam, daß es zur Zeit der Abfassung der Carolina sehr streitig war, ob die Einrede des Titels zulässig sei. Auf diese Streitfrage nun bezieht sich der Artikel und entscheidet sie verneinend. Der Beklagte soll beweisen, daß er die Sache vom Kläger, sei es mittelbar oder unmittelbar, erworben habe; der Beweis des Erwerbes von einem Dritten genügt nicht. Dieser Standpunkt des Gesetzgebers wird durch die Erwägung unzweifelhaft, daß die Art. 207 und 213 die Wirkung der bona fides und der iusta causa auf Seiten des Beklagten darauf beschränken, daß ihm die Futterkosten ersetzt und die Proceßkosten compensirt werden sollen und daß die Verwerfung der Einrede dem Geiste des älteren teutschen Rechtes durchaus entspricht. Aus dieser bestimmten Beziehung auf jene Streitfrage folgt aber auch, daß man nicht so weit gehen darf, jede andere Einrede außer der des mittelbaren oder unmittelbaren Erwerbes vom Kläger für unzulässig zu halten; man würde dadurch über das Ziel hinausschießen. Was die sonstigen in der hier fraglichen Beziehung in der Carolina vorkommenden Bestimmungen betrifft, so sind dieses folgende: 1) der Art. 209 schließt die Ersitzung an gestohlener oder

geraubter Habe aus. Die Frage, ob der dinglichen Klage aus Raub oder Diebstahl die Einrede der Ersitzung entgegengesetzt werden kann, hat eine große innere Verwandtschaft mit der Frage des älteren Rechtes, ob eine gewisse Anzahl Gewweren schon als solche den Beklagten schützt. Diese Frage wurde, wie bereits früher bemerkt worden ist, von verschiedenen Rechten verschieden beantwortet; das alte Bamberger Recht verneinte sie entschieden[780]). An diese Entscheidung hält sich die Carolina. Der §. 112 des alten Bamberger Rechtes ist daher die Quelle des Art. 208. Im übrigen ist es bestritten, ob der Art. 208 blos die ordentliche oder auch die außerordentliche Ersitzung ausschließe[781]). 2) Nach Art. 207 und 213 soll der Kläger dem Beklagten, wenn dieser bonae fidei possessor ist und es sich um essend Vieh handelt, „zimliche notturfftige atzung" erstatten. Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes bei der Vindication ist hier, da nothwendige Auslagen in Frage sind, zwischen redlichem und unredlichem Besitzer kein Unterschied. 3) Nach Art. 213 soll dem Kläger die Sache „ohn Beschwerung" wiedergegeben werden. Die Commentatoren beziehen dies mit Recht darauf, daß der Besitzer die Erstattung des von ihm etwa gezahlten Kaufgeldes nicht verlangen könne. Heutzutage erscheint diese Bestimmung überflüssig; damals konnte aber die Sache noch als streitig gelten[782]). 4) Nach Art. 207, §. 2 soll jeder Besitzer einer gestohlenen oder geraubten Sache so lange als malae fidei possessor gelten, als er nicht schwört, „daß er unwissent des unrechten herkommens die hab an sich bracht hat." 5) Nach demselben Artikel §. 2 sollen, wenn der Besitzer im guten Glauben gewesen ist, die Kosten stets compensirt werden. Bei der Frage nach der Bedeutung, welche diesen Grundsätzen der Carolina für das heutige Recht beizulegen sei, sind die rein processualischen von denjenigen, welche einen materiellen Charakter haben, zu unterscheiden. Von den ersteren kann man behaupten, daß sie nicht mehr gelten, was sich dagegen von den letzteren nicht behaupten läßt. Zu den processualischen Regeln gehören: der Reinigungseid des Art. 207, der Bestärkungseid des Art. 208 und die Kostencompensation des Art. 207. Diese Vorschriften hängen theils mit dem Criminalprocesse, insbesondre mit dem Adhäsionsprocesse der Carolina zusammen, theils bilden sie eine eigenthümliche Uebergangsstufe aus dem Civilprocesse des älteren teutschen Rechtes in den modernen Proceß, sind aber in beiden Beziehungen veraltet. Dagegen sind die materiellen Regeln als noch giltig zu betrachten. Hierher gehören: die Zulässigkeit der Einrede der Veräußerung, die Unzulässigkeit der Einrede des Titels, beides nach Art. 207 u. 208, die Nichterstattung des Kaufgeldes nach Art. 213, die Regeln des Art. 207 u. 213 über Erstattung der Futterkosten, endlich das Verbot der Ersitzung des Art. 209.

780) Vgl. Delbrück a. a. O. S. 53, 54.

781) Vgl. darüber den Art. Verjährung.

782) Siehe über die darüber früher bestehende Controverse Delbrück a. a. O. S. 218 flg.

Das Wichtigste aber ist, daß die Art. 207—214 in ihrer Gesammtheit einen gesetzlichen Anhalt für die dingliche Klage des teutschen Rechtes geben. Hierüber ist ein Zweifel nicht wohl möglich. Zwar setzt die Carolina die Giltigkeit der Klage mehr voraus, als daß sie dieselbe ausdrücklich und unmittelbar bestätigt; diese Voraussetzung ist aber so deutlich ausgesprochen, daß sie einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestätigung gleichsteht. Hier kommt vorzüglich Art. 208 in Betracht. Streift man von der Vorschrift das veraltete Processualische ab, so lautet sie für den heutigen Proceß dahin: Kann der Kläger ehemaligen Besitz und Verlust desselben durch Diebstahl oder Raub beweisen, so ist der gegenwärtige Besitzer zur Zurückgabe zu verurtheilen (vgl. Art. 209); doch wird er mit der Einrede zugelassen, daß er die Sache rechtmäßig vom Kläger erworben habe. Eine bestimmtere Anerkennung konnte die Klage kaum erhalten, wenn dies auch zunächst nur für den Fall des Raubes oder Diebstahles geschah; denn diese Beschränkung erklärt sich aus der Natur des Gesetzes. Es kommt hinzu, daß eine Menge einzelner Bestimmungen über die Anwendung der Klage gegeben werden, worin eben auch eine Bestätigung der Klage liegt, und es ist hier gleichgiltig, daß einzelne dieser Bestimmungen unterdessen unanwendbar geworden sind. Daraus erklärt sich aber auch sehr leicht, wie diese Klage der Carolina völlig in Vergessenheit gerathen konnte. Zur Zeit der Abfassung dieses Gesetzes war die dingliche Klage des teutschen Rechtes in vollster und allgemeinster Anerkennung und Anwendung; sie übte die Alleinherrschaft auf dem Gebiete des Eigenthumsschutzes. Ihre Bestätigung durch das Gesetz war also damals ohne Werth; vielmehr fiel alles Gewicht auf die einzelnen Vorschriften über die Art ihrer Anwendung. Nachdem diese durch die Umgestaltung des Processes ihre Anwendbarkeit großentheils verloren hatten und, soweit sie noch fortdauerten, mit dem römischen Rechte im Einklange standen oder zu stehen schienen, verloren jene Artikel ihr wesentliches Interesse.

4) Teutsche Particularrechte. a) Das Gebiet des Lübischen Rechtes nebst Rostock. Das Lübische Recht enthält einige näher hierher gehörige Bestimmungen, welche in der Redaction von 1586 noch jetzt gelten und auch insofern von Interesse sind, als sie theilweise noch mehr wie die Carolina das ältere teutsche Beweisverfahren voraussetzen und eine eigenthümliche processualische Uebergangsstufe darstellen. Es wird nicht blos ganz im Geiste und im Sprachgebrauche des älteren Rechtes von einem Theile gesagt: er sei näher dabei zu bleiben, als der andere, sondern es wird auch der behauptenden Partei nachgelassen, ihre Behauptung durch ihren Eid zu erweisen. Zuvörderst kommt der Art. 3, Tit. 1, B. IV. in Betracht[783]). Nach diesem hat

783) Derselbe lautet: „Wird ein Pferd für gestohlen angezogen, kann derjenige, bey dem es betroffen, bezeugen, daß es ihm aufrichtig, über die dritte hand zukommen, daß also drey Personen, und eine jegliche derselben einander haben gewehren können, so bleibt der Besitzer billig bei seinem Pferde. Würde

der Kläger zu beweisen: 1) ehemaligen Besitz, 2) unfreiwilligen Besitzverlust, 3) daß seitdem die Sache nicht wieder in seinen Besitz zurückgekehrt sei; gegen diese Klage kann sich der Beklagte durch den Nachweis des Titels nicht schützen, er muß vielmehr auch die Titel zweier Vormänner darthun. Nach Stein[784]) ist die Bestimmung fortdauernd giltig und auf bewegliche Sachen überhaupt zu beziehen, während Mevius ihre Anwendbarkeit möglichst zu beschränken sucht und sie ein statutum irregulare et exorbitans nennt, aber nicht hinsichtlich des Klaggrundes, sondern weil jene Einrede die Ersitzung gestohlener und geraubter Sachen involvire[785]). Etwas anders wird der Beweissatz in Art. 6, Tit. 5, B. VI bestimmt[786]). Aus den Worten dieses Artikels: „daß es sein Gut" könnte gefolgert werden, es genüge nicht der Beweis des ehemaligen Besitzes, sondern es müsse wirkliches Eigenthum bewiesen werden. Allein abgesehen davon, daß das Eigenthums**recht** nicht wohl durch Zeugen erweislich ist, legen die erwähnten Worte dem Kläger nur die Verpflichtung auf, die Voraussetzungen der dinglichen Klage zu beweisen, und dazu genügt zunächst der Beweis des ehemaligen Besitzes. Dies geht auch klar aus dem vorher erwähnten Art. 3 hervor, nach welchem der Beweis des Besitzes genügt, und in beiden Artikeln ist augenscheinlich von derselben Klage die Rede. Somit findet sich in beiden Artikeln dieselbe Klage, aber, was sehr bemerkenswerth ist, im Art. 6 auf dem Standpunkte des älteren teutschen Beweisverfahrens und im Art. 3 auf dem Standpunkte des neueren Processes, weshalb denn auch der Eid des Klägers im Art. 6 nur für den Fall zugelassen wird, daß derselbe andere Beweismittel nicht haben sollte. Die folgenden Artikel des Tit. 1, B. IV enthalten nähere Bestimmungen hinsichtlich dieser Klage. Art. 9 verwirft die Einrede des Beklagten, daß er auf offenem Markte gekauft habe. Im Art. 10[787]) ist hinsichtlich erbeuteter Sachen

---

er aber das nicht thun können, sondern derjenige, welcher es anspricht, könnte beweisen, daß er gemeltes Pferd auf seinem Stall für das seine gehalten, gefüttert, und daß es ihme unwissend aus seiner Gewehr kommen, und er dessen, biß auf diese Zeit, nicht wiederumb ansichtig werden können, so muß ihm das Pferd wiederum gefolget werden."

784) Einleit. in die Lüb. Rechtsgelehrsamkeit (1751) §. 327. Abhandl. des Lüb. Rechtes (1745) Th. 3, §. 280.

785) Comment. in ius Lubec. ad h. tit.

786) „Findet jemand sein Gut, das ihm gestohlen oder geraubt, bei einem andern ... der ander aber, welcher das Gut angesprochen, wofern er sonsten mit zween glaubwürdigen Zeugen nicht beweisen kann, daß es sein Gut und ihm gestohlen oder geraubet sei, er auch desselbigen für diese Zeit, und ehe es zu den Gerichten kommen, nicht wiederum habhafftig werden mögen, so mag er solches mit seinem Eyde thun, dazu er gelassen werden soll."

787) „Wann einer in offenem Kriege unter eines Herrn Fänlein etwas gewinnet, und solch Gut von einem andern für geraubt oder gestohlen Gut angesprochen wird, so ist der Kriegsmann, wenn er solches mit etlichen seiner Spießgesellen beweisen kann, näher dabey zu bleiben, dann derjenige, welcher die Ansprach gethan."

bestimmt, daß, wenn Jemand solche als ihm geraubt oder gestohlen anspricht, der Erbeutende, falls er, daß er die Sache erbeutet habe, mit etlichen seiner Kriegsgenossen beweisen könne, näher dabei zu bleiben sei, als derjenige, welcher die Ansprache gethan hat. An diese Bestimmungen des Tit. 1, B. IV, welcher „von Diebstall" handelt, schließt sich in eigenthümlicher Weise Art. 9 des Titel 4 Buch III an, welcher „von Verpfändungen" überschrieben ist[788]). Dieser Artikel hat auf den ersten Blick etwas Räthselhaftes; anscheinend ist jede Vindication durch die Einrede des Titels, welcher überdies nur der Beeidigung bedarf, ausgeschlossen. Die Ausleger[789]) helfen sich durch Beschränkung des Artikels auf den Fall des freiwilligen Weggebens einer beweglichen Sache. Auch unter dieser Voraussetzung siegt nach ihnen der Beklagte nur, wenn er titulirter Besitzer ist, er darf aber seinen Titel beschwören. Dagegen spricht, wie Delbrück bemerkt, daß der Titel 4 nicht blos von beweglichen, sondern auch von unbeweglichen Sachen handelt und zur Beschränkung des Artikels auf Mobilien kein Grund vorliegt sowie daß der vorige Besitzer auch im Falle des freiwilligen Weggebens das Recht der Wiedereinlösung hat (Art. 2, III, 2), der Artikel 9 also zu viel sagen würde, wenn er den Besitzer für berechtigt erklärte, die Sache wider alle Ansprache zu behalten. Man kann und muß daher dem Artikel eine andere und weitere Bedeutung beilegen. Zur Zeit dieser Revision des Lübischen Rechtes war es nämlich sehr streitig, ob gegen die dingliche Klage aus älterem Besitze die Einrede des Titels statthaft sei. Diese Streitfrage wird durch jenen Artikel dahin entschieden, daß die Einrede zulässig ist und zwar in privilegirter Weise. Daraus folgt aber auch, daß die Einrede unwirksam ist, wenn der Kläger sich ebenfalls auf einen Titel beruft oder gar sein Eigenthum beweist. Der Artikel enthält also indirect eine Anerkennung der Klage aus älterem Besitze, wie solche für die Klage aus Raub und Diebstahl in den vorher erwähnten Artikeln gegeben ist[790]). — In Rostock galt bis zur Mitte des 18. Jahrh. das

---

788) „Besitzt jemand ein Gut, es sey ihm geschenkt, verpfändet oder verkauft, so kan er das auf seinen Eyd wider alle Ansprache wohl behalten, es wäre denn gestohlen oder geraubt Gut."

789) Mevius ad h. art. und zu Art. 2, III, 2, Nr. 29. Stein, Einleit. §. 239, 240. Abhandl. Th. 3, §. 86. Wiese und Blanck, disput. de rei vind. iur. Lubec. (1747.) §. 15. 23. (in Gesterding, Thes. iur. Lubec. I. nr. IV.)

790) Gegen diese Erklärung des Artikels ist der Einwand möglich, daß die Klage aus älterem Besitze nach Lüb. Rechte nicht denkbar sei; denn hinsichtlich der Immobilien sei sie durch die Verlassung zu Stadtbuch und in Ansehung der Mobilien durch die Regel: Hand muß Hand wahren, ausgeschlossen. Mit Delbrück ist hierauf Folgendes zu erwidern. Bei einem Streite um Grundstücke, namentlich in Ansehung von Parzellen, ist möglicher Weise keine der streitenden Parteien in der Lage, sich auf das Stadtbuch zu beziehen, und dann bedarf es anderer Regeln über Begründung der Klage. Was die Mobilien betrifft, so gestatten die Ausleger und, wie es scheint, auch die Praxis, dem Beklagten nur dann die Berufung auf die Regel: Hand muß Hand wahren, wenn er einen

Lübische Recht; das im Jahre 1757 publicirte, nach dem Muster des Lübischen Rechtes abgefaßte, noch jetzt geltende Rostocker Stadtrecht hat viele Artikel des Lübischen Rechtes, namentlich die oben erwähnten, wörtlich aufgenommen. b) Hamburg. Die in den Hamburger Statuten v. 1603 Th. II, Tit. 2, Art. 7. Tit. 8, Art. 8. Th. IV, Art. 35[791]) enthaltenen Vorschriften geben zu vielen Zweifeln Veranlassung, welche jedoch größtentheils nur particularrechtlich sind, indem sie die nähere Ausbildung der Regel: „Hand muß Hand wahren", betreffen. Folgendes gehört aber hierher. Nach einer Meinung nämlich hat der Kläger in allen Fällen genug gethan, wenn er sein Eigenthum darthut, während es Sache des Beklagten ist, nachzuweisen, daß die Vindication nach jener Regel ausgeschlossen ist[792]). Nach einer anderen Ansicht muß der Kläger neben seinem Eigenthum noch beweisen, entweder, daß er den Besitz der Sache nicht freiwillig aufgegeben oder daß der Beklagte die Sache ohne guten Titel an sich gebracht habe[793]). Nun aber soll der Kläger, was hier die Hauptsache ist, nach beiden Meinungen sein Eigenthum beweisen; die Abweichung bezieht sich nur darauf, ob und was ihm außerdem noch darzuthun obliege. Der strenge Eigenthumsbeweis des römischen Rechtes wird nicht verlangt werden können und jedenfalls wird das Dasein der Bedingungen der Publiciana genügen; es wird aber wohl auch mit Delbrück behauptet werden können, daß unter Umständen der Nachweis des früheren Besitzes hinreicht. Schon die Worte der Statuten ergeben, daß große Strenge nicht beabsichtigt ist; der Kläger soll, wie es heißt, sein Eigenthum genugsam beweisen, glaubwürdige Anzeige thun, seinen Anspruch, wie Recht, begründen. Was der Kläger weiter zu thun habe, wird mehr vorausgesetzt als gesagt[794]). c) Preußen. Das Landrecht des Herzogthums Preußen von 1685 giebt im B. III, Tit. 5 „Von Besitz und Gewehr

Rechtsgrund hat und in gutem Glauben ist, ebenso wie das Hamburger Recht solches ausdrücklich bestimmt. Mithin muß man auch demjenigen eine dingliche Klage gestatten, welcher nur behauptet, als Eigenthümer besessen zu haben und daß jetzt der Beklagte ohne Rechtsgrund besitze. Der im Hamburg. Rechte, wo dies übrigens anerkannt ist, bestehende Zweifel, ob der Kläger alsdann die Rechtlosigkeit oder der Beklagte den Rechtsgrund zu beweisen habe, ist im Lüb. Rechte durch den Art. 9 dahin entschieden, daß der Beklagte beweist und zwar durch seinen Eid. In einem solchen Falle wird aber auch das Einlösungsrecht wegfallen, welches gewiß voraussetzt, daß der Kläger alle Bedingungen des Art. 2, Tit. 2, B. III darthut, also das Anvertrauen und die Veräußerung des ersten Empfängers an den Beklagten oder dessen Vorbesitzer. Mithin findet die Klage aus ehemaligem Besitze auch bei Mobilien statt und damit der Art. 9 seine volle Erklärung.

791) Die Stellen sind abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 227, 228.

792) Samml. v. Erk. des OAGerichtes zu Lübeck in Hamburg. Rechtssachen II, S. 462.

793) Vgl. die angef. Sammlung I, S. 1017. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 148, N. 10. Gries, Comm. S. 201, 319, Anm. Baumeister, Hamb. Privatrecht §. 35, VI.

794) Vgl. über weitere Gründe Delbrück a. a. O. S. 229 flg.

der Güter" Art. 2, §. 1. Art. 3, §. 4[795]) ganz die Lehre der Italiener wieder. Es wird darin ausgesprochen, der Besitz könne solo animo erhalten werden; namentlich sei dies der Fall und verliere der vorige Besitzer seinen Besitz nicht, wenn die Stellvertreter im Besitz den Besitz absichtlich oder aus Fahrlässigkeit verließen oder gar gestorben wären und dadurch ein Anderer zur Occupation des Besitzes veranlaßt worden wäre. Im Art. 2, §. 2 wird denn auch das interd. uti possidetis „wider einen jedweden, so einen andern in seiner Possession ... verhindert oder auch gar davon treibet oder außjagt" gegeben und somit dessen recuperatorische Natur anerkannt, solches auch nicht, wie man auf den ersten Blick glauben könnte, gegen den dritten Inhaber versagt, da ja der „vorige Besitzer" in seinem Civilbesitze dadurch gestört wird, daß ein Dritter den Naturalbesitz hat und die Restitution verweigert. Das Landrecht von 1685, welches nach der Revision durch Cocceji im J. 1721 als „Verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen" publicirt wurde, enthält im B. III, Tit. 5, Art. 1, §. 10, 13 sowie im Art. 2, §. 1. Art. 3, §. 1 über den Civilbesitz und im Art. 2, §. 2, 6 über das poss. ordinarium ähnliche Bestimmungen wie jenes. Außerdem sind bemerkenswerth: B. III, Tit. 1, Art. 11, welcher von demjenigen, der eine Sache verloren hat, sagt, er solle „kündliche und gewisse Wahrzeichen oder Weisung haben" oder „wie recht beweisen oder mit seinem Eyde erhalten, daß er zu der Haab Fug und Recht habe"; ferner Tit. 4, Art. 1, §. 6, welcher offenbar im Anschlusse an die Carolina von dem Bestohlenen oder Beraubten sagt, er solle „zu Recht beweisen, daß es sein gewesen und ihm abgestohlen oder abgeraubet worden"; endlich Tit. 5, Art. 3, §. 1, wo von demjenigen, „der mit Gewalt seiner Possession und Besitzes spoliiret, beraubet und entsetzet ist," gesagt wird: „er mag per varia iuris remedia wieder zu ... seinem Besitz kommen", wogegen das interd. unde vi gegen den Dritten versagt wird, §. 2, 12, 13. Das „Allgemeine Landrecht" von 1794 hat die dingliche Klage des teutschen Rechtes in der bestimmtesten Weise anerkannt. Zunächst ist das Princip der Relativität als solches und in verschiedenen Anwendungen aufgestellt. Im §. 161, Th. I, Tit. 7 ist bestimmt: „Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechtes weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List oder blos bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur insofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat." Dieses bessere Recht zum Besitze stellt sich in folgenden Abstufungen dar: 1) der bloße Inhaber kann die seinem Gewahrsam entkommene Sache von demjenigen, welcher sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern (§. 162 a. a. O.); 2) der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen (§. 178); 3) der einfache Besitzer dem titulirten (§. 161); 4) der titulirte Besitzer dem Eigenthümer. Von diesen vier

795) Die Stellen sind abgedruckt bei Delbrück a. a. O. S. 231.

Graden interessirt zunächst hauptsächlich nur der erste; was vom bloßen Inhaber gilt, soll auch wohl gewiß vom wahren Besitzer gelten; man kann demnach sagen: der vorige Besitzer kann die Sache von dem dieselbe ohne allen Rechtsgrund Besitzenden zurückfordern. Soweit ist alles klar. Zweifelhaft ist aber die Beantwortung der Frage, ob der Kläger, welcher sich blos auf seinen früheren Besitz stützt, zu beweisen habe, daß der Beklagte ohne Rechtsgrund besitze oder ob es genüge, den Beklagten als gegenwärtigen Besitzer in Anspruch zu nehmen und zu erwarten, ob derselbe einen Rechtsgrund seines Besitzes anführen könne. Die für diese Lehre vollständig mitgetheilten Vorarbeiten[796]) geben wenig Aufschluß[797]). Aus den Worten des Gesetzbuches, wie sie vorliegen, ist aber sehr wohl zu folgern, daß es hinreicht, wenn der Kläger seinen früheren Besitz beweist. Denn der Beklagte, welcher, ohne den Rechtsgrund seines Besitzes anzuführen, sich lediglich auf seinen jetzigen Besitz beruft, ist dem Kläger und dem Richter gegenüber in der That ein Besitzer ohne allen Rechtsgrund. Wenn man sich für die andere Meinung auf §. 179 beruft, wornach jeder Besitzer die Vermuthung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich hat[798]), so steht diese Vermuthung, wie Delbrück mit Recht bemerkt, nicht weniger dem ehemaligen als dem gegenwärtigen Besitzer, welche beide sich einander gegenüber stehen, zur Seite; die Vermuthung spricht für beide, mithin für keinen. Die hier angenommene Ansicht stimmt nicht nur mit der anerkannt teutschen Grundlage des Gesetzbuches überein, sondern sie wird auch dadurch bestätigt, daß nach §. 57, Tit. 9 derjenige, welcher eine Sache verloren zu haben behauptet, nur zu beweisen hat, daß er sie vorher besessen habe, worauf dann der Finder nach der Bestimmung des §. 59 die Sache auch dem vorigen bloßen Inhaber ausantworten muß. An einer anderen Stelle des Landrechtes finden wir ebenfalls die Klage des teutschen Rechtes. Nach §. 34, Th. I, Tit. 15 ist, sobald der Kläger dargethan hat, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei, der Beklagte zur Angabe seines Besitztitels verpflichtet. Nach §. 37 muß derjenige, welcher in den nicht ausgenommenen Fällen seinen Vormann und Besitztitel nicht angeben kann, die Sache unentgeltlich zurückgeben. Etwas anders drückt sich §. 184, Tit. 7 aus: „Weist jemand nach, daß ihm der Besitz einer Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden, so ist der gegenwärtige Besitzer den Titel, aus welchem er besitzt, anzugeben verbunden.“ Und §. 186: „Wer ... die Angabe seines Besitztitels beharrlich verweigert, ist für einen unredlichen Besitzer zu achten.“ Die Abweichungen sind

796) Die Vorarbeiten sind mitgetheilt in Simon und v. Strampff, Materialien des allgem. Landrechtes zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz. 1836.

797) Vgl. darüber Delbrück a. a. O. S. 233—235.

798) Bruns a. a. O. S. 442. Koch, Recht des Besitzes S. 300. Erk. des Obertrib. bei Striethorst, Archiv VIII, 8. IV, 150.

wohl lediglich der Ungenauigkeit der Redaction zuzuschreiben; man darf also nicht beide Vorschriften als selbstständig einander gegenüber stellen, sondern man muß die eine aus der anderen erklären[799]). Das preußische Landrecht hat also 1) eine Klage aus einfachem ehemaligen Besitze und 2) eine Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen; in beiden erfolgt die Verurtheilung des Beklagten, wenn er seinen Titel nicht angiebt. Für die erste Klage geht dies hervor aus Tit. 7, §. 162, für die letztere aber aus Tit. 7, §. 186 und 178; denn, wer seinen Titel nicht angiebt, ist ein unredlicher Besitzer, und der unredliche Besitzer soll immer dem redlichen weichen. Wenn er nun aber seinen Titel angiebt, so genügt nicht die bloße Angabe, sondern dieselbe ist auch nöthigenfalls zu beweisen. Dieser Beweis ist nun der ersten Klage gegenüber ohne Zweifel wirksam (Tit. 7, §. 161, 162), im Falle der zweiten Klage kann der Beklagte den Kläger damit nicht zurückweisen, sondern darf blos Ersatz des Gegebenen verlangen, was aus Tit. 15, §. 37 folgt, aber bestritten ist. Sollte diese von Delbrück gegebene Ausführung, der wir uns allenthalben anschließen, nicht annehmbar sein, so sind doch folgende Sätze mindestens unzweifelhaft: 1) Beweist der Kläger seinen früheren Besitz und daß der Beklagte jetzt ohne Rechtsgrund besitzt, so muß der Beklagte die Sache herausgeben (Tit. 7, §. 162. Tit. 9, §. 57, 59). 2) Beweist der Kläger Verlust seines Besitzes durch Gewalt, List oder Betrug, so muß der Beklagte, welcher keinen Titel angiebt, die Sache herausgeben (Tit. 7, §. 184, 186, 178). Schon diese Sätze, noch viel mehr aber die vorher ausgeführten, widerstreben dem römischen Rechte und geben einfach das teutsche Klagrecht. d) Grafschaft Henneberg. Die Henneberger Landesordnung von 1539 bestimmt Buch II, Tit. 9, Cap. 2, §. 3: „Wo einer den andern um Turbirung und Verunruhigung seiner Posseß beklagte, und der Beklagte der Verunruhigung noch dem Kläger der Posseß oder quasi nicht geständig, so sollen die beyde Theil förderlich der Posseß halber gegeneinander summarie mit der Beweisung verhört, und darauf die Posseß dem Part, der die ältere Posseß oder quasi beweist, zugetheilt werden, es erweise denn der jüngere Besitzer die Ankunfft mit der Posseß, alsdann ist er bey der Posseß zu lassen, doch dem älteren Besitzer in Petitorio einen beständigen Titel und Ankunfft anzuzeigen unbenommen." e) Bayern. Im Anschlusse an das alte bayer. Landrecht (Heumann S. 103, 108) bestimmt das bayer. Landrecht von 1756 II, 2, §. 9: „Hat jemand das Gut einmal rechtmäßiger Weise inne gehabt, hernach aber den Besitz desselben wiederum verloren, so kann er solches von jedem Inhaber, der nicht ein gleiches oder besseres Recht hierzu beweisen mag, vindiciren ... indem er seines Orts weiter nichts, als die vorhin gehabte rechtmäßige Possession zu beweisen hat; im übrigen hat es mit gegenwärtiger Action die nämliche Beschaffenheit, wie mit obgedachter rei vindicatio." Nach Kreittmayr, dem Ver-

799) Das Nähere über die Erklärung s. bei Delbrück a. a. O. S. 236 flg.

fasser und Commentator des Landrechtes, ist, wie er Th. 2, S. 194 erklärt, die verlangte Rechtmäßigkeit von der probabilis opinio tituli zu verstehen. In neuerer Zeit ist die teutsche Auffassung abhanden gekommen und man nimmt rechtmäßig für titulirt[800]), was sich aus dem immer mehr hervortretenden Einflusse der romanistischen Theorie erklärt. Merkwürdig ist die klare Erkenntniß der petitorischen Natur der Klage und der Anschluß derselben an die Publiciana. f) Länder sächsischen Rechtes. Der sächsische Gerichtsgebrauch hat, wie früher bemerkt wurde, die teutsche Klage bewahrt; die sächsischen Juristen betrachten sie nicht als particularrechtliches, sondern als gemeinrechtliches Institut. Die Landesgesetze enthalten nur wenige hier zu erwähnende Bestimmungen. aa) Königreich Sachsen. Der Anhang zur kgl. sächs. erläut. Proceßordnung bestimmt §. 20: „daß in dem poss. summ. nicht darauf, wer das beste Recht oder auch eine ältere und richtigere Posseß vor sich hat, sondern allein auf das factum possessionis gesehen" werden soll. Daraus ist denn zu folgern, daß jene Momente in dem poss. ordinarium zu würdigen sind. Ein Mandat vom 28. November 1753 bestimmt im §. 2, daß „bei geringfügigen Rechtssachen zwischen dem Possessorium und Petitorium kein Unterschied gemacht werden" solle; dies ist vielleicht der Erhaltung der teutschen Klage günstig gewesen. Der im J. 1803 gedruckte amtliche Entwurf zu einer Gerichtsordnung sagt im Tit. 48: „im Possessorium ordinarium oder Petitorium werde die Frage von dem besseren Rechte zum Besitze erörtert. Der neueste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1852 (welcher gegenwärtig einer Revision unter Zuziehung thüringischer und anhaltischer Juristen unterliegt) enthält folgende Vorschriften: §. 138. „Jeder kann eine Sache blos aus dem Grunde, weil er sie besessen hat, von demjenigen zurückfordern, welcher sie fehlerhaft von ihm besitzt." §. 139. „Dasselbe Recht findet statt gegen einen dritten Besitzer, wenn dieser bei Erlangung des Besitzes wußte oder vermuthen mußte, daß sein Vormann die Sache auf fehlerhafte Art besaß, ingleichen gegen denjenigen, welcher die Sache ohne allen Rechtsgrund besitzt." §. 360. „Auch wenn er darthut, daß der Streitgegenstand infolge eines rechtmäßigen Erwerbstitels auf ihn übertragen worden sei, wird er einem jeden schwächeren Berechtigten gegenüber als Eigenthümer angesehen." Hier haben wir also die Klage aus älterem Besitze mit der Einrede des Titels. bb) Sächsische Herzogthümer. Die Altenburg. Proceßordnung P. II. Cap. 3, §. 8 und Goth. PO. P. II. Cap. 4, §. 8 bestimmen, daß „im poss. summ. nicht darauf, wer das beste Recht oder auch eine ältere und richtigere Posseß vor sich habe, sondern allein auf das factum possessionis proximum zu sehen" sei. Ein Altenb. Mandat v. 7. April 1823 §. 10 ordnet für Streitigkeiten über ein Spolium, wenn der Werth des

---

800) Krüll, Handb. des bayer. Rechtes (1807) II, §. 420.

Gegenstandes nicht 50 Thaler erreicht, den unbestimmten summarischen Proceß an, und es sollen diesfalls nach §. 20 die vorgebrachten petitorischen Einwendungen zugleich mit den aus dem Spolium hergeleiteten Ansprüchen erörtert und entschieden werden. Das Goth. Gesetz vom 12. October 1837 §. 1 schreibt für das poss. ordinarium, summarium und die Spolienklage Verhandlung im unbestimmten summarischen Processe vor. Nach demselben Gesetz §. 67 können Einwendungen, welche sich auf älteren oder besseren Besitz gründen, weder der Spolienklage, noch der jüngsten Besitzklage entgegengesetzt werden; wenigstens braucht sich der Kläger solche nicht gefallen zu lassen. Es folgt hieraus die Zulässigkeit solcher Einwendungen in poss. ordinarium. cc) Reußische Fürstenthümer. Nach dem Reuß-Greizer Gesetz v. 24. December 1852 §. 8 findet bei Streitgegenständen, deren Werth nicht über 100 Thaler beträgt, das poss. summarium als selbstständiges Rechtsmittel zwar statt, es geht aber, wenn Beklagter petitorische Einwendungen vorbringt, sofort in das Petitorium über, indem in diesem Falle über die Zuständigkeit des Rechtes selbst im unbestimmten summarischen Processe zu verhandeln und zu entscheiden ist. Nach dem Reuß. jüngerer Linie Gesetz v. 24. März 1838 §. 8 findet bei Streitigkeiten über den jüngsten Besitz, deren Gegenstand einen Werth von nur 50 Thaler oder darunter hat, das poss. summarium als selbstständiges Rechtsmittel nicht statt, sondern geht im Petitorium dergestalt unter, daß sofort über das Recht verhandelt und der Beklagte mit allen Einreden petitorischer Natur gehört wird. dd) Schwarzburgsche Fürstenthümer. Das Sondershäuser Proceßgesetz v. 20. Februar 1834 §. 172 definirt den Streit über den ordentlichen Besitzstand als denjenigen, welcher sich auf die Behauptung stützt, daß der Besitz des Klägers den Besitz des Beklagten durch Alter oder Rechtmäßigkeit übertreffe. g) Hannover. Die Proceßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover vom 5. October 1827 bestimmt im §. 138: „Betrifft der Rechtsstreit den älteren und rechtmäßigen Besitzstand (Possessorium ordinarium), so ist darin zwar nach den Regeln des summarischen Processes, jedoch mit genauer Beobachtung aller wesentlichen Punkte eines Rechtsstreites zu verfahren." Weiter soll der Richter auch die Entscheidung über das Recht selbst mit vorbereiten und insofern dieses dadurch klar geworden sein sollte, sofort über das Recht selbst erkennen. Die bürgerliche Proceßordnung vom 8. November 1850 berührt den älteren Besitz nicht, schließt alle auf den Rechtsstand sich beziehenden Behauptungen vom Besitzstande aus und untersagt die Cumulation ganz; auch darf im Besitzprocesse nie über das Recht selbst erkannt werden, §. 505, 506. Diese neueren nur processualischen Bestimmungen haben den Vorzug des älteren Besitzes, welcher materieller Natur ist, nicht aufgehoben. h) Schleswig-Holstein. Die Verordnung vom 13. Januar 1797 bestimmt in den §§. 4 und 10, daß die Vorzüglichkeit des älteren Besitzes oder die gesetzmäßige Erwerbung des

Besitzes in possessorio ordinario zu berücksichtigen sei und zwar sowohl in retinenda als in recuperanda possessione.

5) Rechte verwandter Völker. Daß sich die Klage des teutschen Rechtes aus älterem Besitze auch im französischen, englischen, dänischen und schweizerischen Rechte findet, ist von Delbrück[801]) nachgewiesen worden, auf dessen Untersuchungen zu verweisen ist.

FF. Uebersicht des Bisherigen und Uebergang zum Folgenden. 1) Geschichte der Fortdauer. Bisher ist die Geschichte der dinglichen Klage des teutschen Rechtes, da sie bald unter diesem, bald unter jenem Namen auftrat, zunächst in einer getrennten Darstellung dargelegt worden. Es ist nun ein Gesammtbild des geschichtlichen Verlaufes, ohne Rücksicht auf die jedesmalige Einkleidung der Sache, zu geben. Nach dem Bisherigen kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn auch die Klage zu verschiedenen Zeiten mit verschiedenen Namen belegt worden ist, doch die Sache überall dieselbe ist. Dabei sind jedoch noch folgende sehr bezeichnende Umstände zu beachten. Nach der Auffassung der Glossatoren und ihrer Nachfolger, überhaupt nach der italienischen Doctrin und Praxis waren das remedium ex can. Redintegranda (Spolienklage) und das interd. uti possidetis (possessorium ordinarium) identisch. Diese Identität ist aber selbstverständlich als keine absolute aufzufassen; insofern ersteres gegen den Ersetzer und letzteres gegen den Störer unmittelbar angestellt wurde, waren und blieben beide Rechtsmittel verschieden; insofern sie aber gegen den dritten Besitzer gestattet wurden, waren sie schlechthin desselben Inhaltes. Die Wissenschaft wurde sich dessen auch bis zu einem gewissen Grade bewußt, indem man nicht nur anerkannte, daß das interd. uti possidetis bisweilen recuperatorisch sei, sondern auch unumwunden aussprach, daß man zwischen beiden Rechtsmitteln die Wahl habe und mit jedem derselben zum Ziele gelange[802]). In der Theorie blieben jedoch beide Interdicte streng geschieden, was auch in Betracht ihrer sonstigen wirklich verschiedenen Functionen nöthig war. In Bezug auf die übrigen hierher gehörigen Klagen sprach man die Identität weniger aus, als man sie voraussetzte. Die Identität geht aber genügend aus der Dogmenbildung hervor, welche überall dieselbe ist; immer wird dem früheren Besitzer, sei es wegen seines früheren Besitzes, sei es wegen des unfreiwilligen Besitzverlustes, eine Klage auf Herausgabe gegen den jetzigen Besitzer, als solchen, gegeben, und letzterer hat, die Klage mag diesen oder jenen Namen haben, immer dieselben Einreden und es treten auch bei den verschiedenen Rechtsmitteln immer dieselben Streitfragen hervor.

---

801) Delbrück a. a. O. S. 244—251.

802) So sagt Angelus de Ubaldis, Super Codice ad tit. Uti poss.: pro naturali (sc. possessione), qua privatus est, habet interd. Unde vi. Item pro eadem habet interd. Uti poss. considerato, quod turbatur dominus in sua civili per dictam naturalem . . . et sic competeret mihi auxilium duplex. Andere Schriftsteller, welche dasselbe aussprechen, citirt Delbrück a. a. O. S. 252, N. 1.

Hierbei ist nun bemerkenswerth, daß bei Feststellung eines Lehrsatzes oder Behandlung einer Streitfrage so verfahren wurde, als ob die einzelnen Rechtsmittel gar nicht verschieden wären, indem man die Erkenntnisse der Gerichte und die Aussprüche der Rechtslehrer ganz ohne Rücksicht darauf benutzte, ob sie den zu beweisenden Satz für die vorliegende oder für eine andere Klage angenommen hatten. Es war also ein stillschweigendes Einverständniß über die Identität der hierher gehörigen Rechtsmittel vorhanden[803]). Es ist somit nicht nur gerechtfertigt, sondern ganz im Geiste der älteren Juristen gehandelt, wenn fortan nur die Sache in das Auge gefaßt, der Name des Rechtsmittels aber als etwas Zufälliges behandelt wird. Auf diesem Standpunkte ist der geschichtliche Verlauf folgender. Die germanische Rechtssitte, auf welcher die Klage beruht, erhielt sich ungeachtet der Wissenschaft des römischen Rechtes und machte sich so kräftig geltend, daß sie sich Anerkennung erzwang, aber, weil ihre germanische Abkunft verkannt wurde, in sehr eigenthümlicher Weise. In der ersten Zeit des Zusammenstoßes beider Rechte galt sie als römisch. So fassen sie die Glossatoren des römischen Rechtes auf. Wenn sich auch bei ihnen eine ausgebildete Theorie der Klage noch nicht findet, so haben sie doch die Grundlage, auf welche später die Theorie gebaut wurde, nämlich die civilis possessio im Sinne der germanischen Gewere. Ferner findet sich schon bei den Glossatoren die Präsumtion zu Gunsten des älteren Besitzers, welche dann so wichtig für die weitere Ausbildung wurde; sie wurde durch Advocaten, wie berichtet wird, aufgebracht, was auf den Ursprung in der Rechtssitte hinweist. Diese Vermuthung kommt in mehrfacher Gestalt vor: 1) als Vermuthung des Eigenthums aus früherem Besitze bei Placentinus; 2) als Vermuthung des jetzigen Civilbesitzes aus älterem Naturalbesitze und als Vermuthung der Fehlerhaftigkeit des jüngeren Besitzes im interd. uti possidetis bei Placentinus und Jacobus Balduini. Die Accursische Glosse verwirft sie in der ersteren Gestalt, nicht aber in der letzteren, und macht von letzterer sogar eine beschränkte Anwendung. Endlich kommt auch schon die Klage als solche vor bei Roffredus und Hugolinus theils unter dem Namen als iudicis officium, theils als remedium ex Lege Si coloni, in der Accursischen Glosse aber als interd. uti possidetis, als remedium ex Lege Si coloni und in Anwendung auf die hypothekarische Klage. Sehr von Einfluß war das kanonische Recht. Unter dem Namen des interd. uti possidetis erkannte Innocenz III. in dem berühmten cap. 9. X. de probat. die Klage gesetzlich an. Doch hinderte die falsche Einkleidung das richtige Verständniß; auch fanden sich Gegner auf Grund des römischen Rechtes, und hieraus erklärt sich, daß derselbe Innocenz in einem ebenfalls berühmten Decretale (cap. 18. X. de rest. spol.) der Klage unter dem Namen des interd. Unde vi nicht die volle Wirksamkeit

803) Beispiele führt an Delbrück a. a. O. S. 253 flg.

zugestand. Vielleicht deshalb oder weil alle bisherigen Versuche, der Klage eine Grundlage im geschriebenen Rechte zu geben, ungenügend schienen, suchte man nach einem anderen Anhalte und die Glosse zum Decret fand in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts einen solchen an dem canon Redintegranda, welchen Gratian aus dem Pseudo-Isidorus in das Decret aufgenommen hatte. In derselben Glosse fängt die Dogmatik der Klage an sich zu entwickeln. Für diese ist Pabst Innocenz IV. als Commentator der Decretalen sehr bedeutend, welcher zwar theoretisch ungewiß ist, ob er der älteren oder neueren Begründung der Klage den Vorzug geben soll, praktisch aber sehr sicher auftritt und durch sein großes Ansehen bewirkte, daß jene ihm auch schon im interd. uti poss. bekannte Präsumtion auch bei dem remedium ex can. Redintegranda anerkannt wird, wodurch sie ihre dritte Gestalt, nämlich als Vermuthung der Spoliation bekam. Dies war für die Theorie des Klaggrundes von wesentlichem Einflusse. Es ging aber nicht ohne Streit ab. Erst durch das Ansehen des Bartolus errang die neue Lehre für eine alte Sache einen vollständigen Sieg. Die Klage ist ihm unter verschiedenen Namen bekannt: als iudicis officium, als remedium ex Lege Si coloni, als condictio triticaria, als condictio ex Lege Cum quaerebatur, als cond. ex can. Redintegranda, hauptsächlich aber als interd. uti possidetis. Inzwischen hatte sich auch die Particulargesetzgebung der Sache bemächtigt. Kaiser Friedrich II. gab für Neapel und Sicilien ein besonderes Gesetz über die Klage und dieselbe wurde in den italienischen Statuten aufgenommen. Alles dieses wirkte zusammen, um der dinglichen Klage des teutschen Rechtes dem römischen Rechte gegenüber eine sichere Grundlage und eine reiche Dogmatik zu geben, und um die Mitte die 14. Jahrhunderts hatte sie auch in der Theorie die ihr als der dinglichen Universalklage der Praxis gebührende Bedeutung erlangt. Vorherrschender Name wurde nun allmälig der des remedium ex canone Redintegranda; gelegentlich nur kommt die Klage als interd. uti possidetis oder unter anderem Namen vor; indessen ging keiner dieser Namen in der Theorie unter, sondern man fügte sogar noch einige hinzu, so daß bei Maranta und Menochi eine große Zahl von Rechtsmitteln sich findet, welche alle nur Einkleidungen der teutschen Klage sind. So kam die Sache nach Teutschland, wo der Vorzug des älteren Besitzes einen fruchtbaren Boden für das bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts in voller Blüthe stehende remedium ex can. Redintegranda darbot. Mit der Theorie hielt die Gesetzgebung gleichen Schritt. Die Diebstahlsklage der Carolina, die Klage aus älterem Besitze und wegen unfreiwilligen Besitzverlustes, wie sie sich im Lübischen und Hamburger Rechte finden, das poss. ordinarium der Henneberger Landesordnung u. s. w. bilden nur verschiedene Formen desselben Inhaltes. Mit Zunahme der Kraft und des Umfanges der gegen den can. Redintegranda gerichteten Angriffe sah man sich nach anderen Stützen um. Mevius knüpfte an das iudicis officium an; Kreittmayr und das

bayer. Landrecht von 1756 verlegten den Sitz der Lehre in die Publiciana; ganz besonders entscheidend war aber, daß die Praktiker, namentlich die sächsischen, nachdem der can. Red. beseitigt war, wieder auf das Interdict zurückgingen, jedoch in freierer Weise als die Italiener es benutzt hatten. Nach ihrer Behauptung, in welcher die Niederländer Vorgänger sind, ist das poss. ordinarium ein selbstständiges, dem modernen Rechte angehöriges, auf älterem Besitze beruhendes, wesentlich recuperatorisches Rechtsmittel, und weder durch Böhmer noch durch Savigny hat das poss. ordinarium ganz verdrängt werden können. Das preuß. Landrecht setzte die teutsche Klage an die Stelle der Publiciana und schloß sich in der Lehre von der Vindication gestohlener u. s. w. Sachen an die Carolina und das Lüb. Recht an. Das französische Recht hat die Klage aus unfreiwilligem Besitzverluste und teutsche neuere Proceßgesetze erkennen den Vorzug des älteren Besitzes bei dem Interdict an. Ebenso hat sich die Klage in den Nachbarländern erhalten. In dem Umstande, daß die teutsche Klage, sobald sie aus einer Stellung verdrängt war, sofort eine andere zu erlangen und die Wissenschaft über ihr Fortbestehen gleichsam zu täuschen wußte, zeigt sich eine bemerkenswerthe Zähigkeit der Rechtssitte. Auch das Verhalten der Particulargesetzgebung ist in dieser Beziehung bezeichnend. Das Landrecht des Herzogthums Preußen von 1685 und das bayer. Landrecht von 1756 fallen in eine Zeit, wo die Spolienklage wankte und dem Falle nahe war. Beide versagen daher die Spolienklage gegen den dritten Besitzer; sie geben aber deshalb die Klage aus dem älteren Besitze nicht auf, ersteres giebt sie als poss. ordinarium, letzteres schließt solche an die Publiciana an.

2) Klaggrund. Hinsichtlich des Klaggrundes zeigt schon das germanische Recht einen merkwürdigen Gegensatz. Die dingliche Klage des teutschen Rechtes beruht bald blos auf älterem Besitze, bald auf unfreiwilligem Verluste des Besitzes. Letzteres war schon deshalb vorherrschend, weil bewegliche Sachen überhaupt nur unter der Voraussetzung unfreiwilligen Besitzverlustes vindicirt werden konnten. Das gemeine Recht verwarf die Rechtsregel: „Hand muß Hand wahren"; um so wichtiger wurde der Gegensatz, welcher dann auch sofort hervortritt. Die Glosse zum Decret findet den Klaggrund in der iniusta causa des Besitzverlustes; nach einer anderen schon in der Praxis des 12. Jahrhunderts vorkommenden, von Placentinus und anderen Glossatoren gebilligten, später aber hauptsächlich von den Kanonisten Innocenz und Hostiensis vertheidigten Meinung ist der Klaggrund blos im älteren Besitze zu suchen (vgl. II. B. AA. 3. lit. b. u. 4. lit. b.). Diese Meinung rechtfertigte man theoretisch durch Präsumtionen. Der Unterschied ist praktisch sehr wichtig. Denn der Beweis des früheren Besitzes fällt in der Regel nicht schwer; schwieriger ist der Beweis für den Kläger, wenn er darthun soll, daß ihm die Sache geraubt oder gestohlen sei oder daß er sie verloren habe. Die Art des unfreiwilligen Besitzverlustes wird ihm häufig selbst unbekannt sein. Diese praktische Rücksicht brach

der Präsumtion Bahn; die Ansicht von Innocenz wurde vorherrschend, verdrängte indessen die entgegenstehende nicht. In der Praxis half man sich einfach. Hatte der Kläger Beweis des unrechtmäßigen Besitzverlustes angeboten, so wurde der Beweis erhoben; hatte er sich lediglich auf älteren Besitz berufen, so begnügte man sich auch damit. Daher finden sich beide Auffassungen bei denselben Schriftstellern, ohne daß das Dasein einer Streitfrage festgestellt wäre, und wo sich etwa dieser Gesichtspunkt Geltung verschaffen will, wird er sofort zurückgedrängt und verwischt. In derselben Lage blieb die Sache anfangs in Teutschland. Für das remedium ex can. Redintegranda hielt man sich bald an Innocenz, bald an die Glosse, vorzugsweise an den ersteren; wahrscheinlich richtete man sich auch hier nach der Verschiedenheit der Fälle. Die Sache wendete sich etwas anders, als man einestheils mit der Klage aus älterem Besitze ausschließlich in das poss. ordinarium überging und dieses als selbstständiges Rechtsmittel neueren Ursprunges anerkannte, anderntheils aber in der Carolina, an welche sich die Statuten, namentlich die Hamburger, Lübecker und Rostocker anschlossen, eine neue selbstständige Stütze für die Klage, sofern sie auf unrechtmäßigem Besitzverluste beruht, erhalten hatte. Hier ist nun der Punkt, wo die heutige Wissenschaft wieder anknüpfen und, indem sie den Faden der Dogmenbildung wieder aufnimmt, das nicht vollendete Werk zum Abschlusse bringen muß. Es ist nämlich die Klage aus älterem Besitze von der Klage aus unfreiwilligem Besitzverluste zu trennen. Obwohl beide Abarten derselben Gattung sind, so müssen sie doch systematisch abgesondert behandelt werden, da einestheils der Rechtsschutz des älteren Besitzes sich steigert, sobald Verlust wider Willen hinzutritt, anderntheils die Klage im letzteren Falle sich weit schwerer begründen läßt. Diese Trennung ist auch dogmengeschichtlich vollkommen begründet, wenn auch die Wissenschaft sich derselben nicht klar bewußt ist. Sie hat aber auch ihre gesetzliche Grundlage. Die Klage aus älterem Besitze schließt sich an cap. 9. X. de probat., die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen aber an die Artikel 207 flg. der Carolina an. Auch giebt es Anknüpfungspunkte im römischen Rechte. Ein solcher findet sich für die Klage aus ehemaligem Besitze in der Publiciana, für die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen in der actio quod metus causa.

3) Einreden. Noch viel weniger als hinsichtlich des Klaggrundes ist die Dogmengeschichte in Ansehung der Einreden zum Abschlusse gelangt; nur ist bei den letzteren die Streitfrage, als solche, klar erkannt worden. Es werden hier nur die Einreden des Titels und des Eigenthums berücksichtigt, weil diese über die Natur der Klage Auskunft zu geben am meisten geeignet sind. Was zunächst die Einrede des Titels anlangt, so ist solche ein Erzeugniß des Zusammenstoßes beider Rechte. Dem germanischen Rechte war diese Einrede unbekannt, wenigstens war sie unwirksam; denn die Behauptung redlichen Erwerbes verschaffte dem Beklagten kein Beweisrecht; er mußte seinen Geweren

benennen, zwischen welchem und dem Kläger nun der Streit fortgesetzt wurde. Hierbei entschied, abgesehen von den anderen Gründen des Beweisrechtes, welche nur der teutschen Rechtsgeschichte angehören, der ältere Besitz. Dieses Zurückgehen von Auctor zu Auctor erschien schon im germanischen Rechte selbst als ein Uebelstand, und hierin liegt der Ursprung der Einrede des Titels. Die Literatur über diese Einrede fängt im wesentlichen erst mit Bartolus[804]) an. Er berichtet zunächst, daß die Glosse sowohl des römischen als des kanonischen Rechtes sowie Innocenz die Einrede für unzulässig erklärt hätten. Diese von allen Späteren befolgte Meinung ist unrichtig, indem die von ihm angeführten Stellen nur sagen, daß die Klage auch gegen den dritten bonae fidei possessor gehe; damit ist aber nur die dingliche Natur der Klage bezeichnet, über die Frage wegen der Einreden aber nichts entschieden[805]). Innocenz insbesondre stimmt mit Hostiensis zu cap. 9. X. de probat. darin überein, daß die beklagte Gemeinde, wenn sie einen Titel gehabt hätte, gesiegt haben würde[806]). Dann spricht Bartolus seine Mißbilligung aus, sucht jedoch zu vermitteln, indem er sagt: sed volendo sustinere gl. et Inn. possumus dicere sic, quod gl. loquitur in b. f. emtore, quem constat emisse ab eo, qui fuit mal. fid. poss., ut a fure, unde mala fides autoris aliqualiter afficit emtorem. Baldus schlägt einen anderen Weg ein; er läßt ebenfalls die Einrede zu, nisi esset titulus quaesitus post possessionem adversarii[807]). Eine dritte, schon von Bartolus und Anderen angedeutete Vermittelung führt Barthol. Socinus aus, indem er unterscheidet, ob die Sache mit einem vitium reale behaftet ist oder nicht, d. h. ob die Sache gestohlen oder geraubt und deshalb oder aus anderen ähnlichen Gründen der Ersitzung entzogen ist. In diesem Falle, sagte man, hat der Beklagte, auch wenn er bonae fidei possessor ist, die Publiciana nicht, folglich hat er auch nicht die Einrede des Titels[808]). Von diesen drei verschiedenen Vermittelungen wurde die des Baldus am wenigsten beachtet. Von den beiden anderen fand die des Socinus allgemeinen Anklang, während die des Bartolus nicht selten Bedenken erregte. Im allgemeinen erklärten sich die Kanonisten gegen, die Legisten für Zulassung der Einrede. Die Streitfrage wurde fortwährend und sehr umständlich verhandelt. Die Getheiltheit der Stimmen[809]) und die Rathlosigkeit der Schule sowie der Gerichtshöfe war sehr groß. Der Streit schleppte

804) Zu L. 15. u. 40. §. 3. D. de acquir. poss. L. ult. §. 3. C. de furtis und L. 3. pr. D. uti possid.

805) Gl. a dominis zu L. 2. C. de furtis. — Gl. interd. zu cap. 15. X. de rest. spol. (II. 13.) und Gl. aut dolo zu can. 3. C. 3. qu. 1.

806) Innocenz, Nr. 6, 7. Hostiensis, §. ex praem.

807) Disp. Accusatus §. sec. cas.

808) Zu L. 15. D. de acquir. poss. nr. 12. (Comm. ad ius civ.)

809) Die Stimmen für und wider die Einrede des Titels führt zum Theil an Delbrück a. a. O. § 55, N. 8, S. 262 flg.

sich auch nach Teutschland fort [810]); doch wurde hier die Literatur nach und nach dünner. Stryk, der die Frage noch ziemlich ausführlich behandelt, erklärte sich für Zulassung der Einrede des Titels [811]). Seitdem fand die verwerfende Meinung der Kanonisten keinen Anklang mehr [812]). Der Wissenschaft gelang die Lösung hauptsächlich deshalb nicht, weil man fortwährend und überall in dem Irrthum befangen war, daß die Klage eine possessorische sei. Da nun nach dem römischen Rechte die Rechtsfrage in den Interdicten nicht berücksichtigt werden soll, so konnten die Kanonisten mit vielem Erfolg eine Theorie aufstellen, nach welcher in einer dinglichen Klage petitorische Einreden unzulässig waren. Ein anderes Hinderniß einer richtigen Lösung lag darin, daß man die Klage aus älterem Besitze von der Klage aus Verlust wider Willen nicht forderte. Die Lösung liegt darin, daß die Einrede des Titels durchgreift gegen die Klage aus älterem Besitze, aber nicht durchgreift gegen die Klage aus Verlust wider Willen. Dies ist das einfache Resultat der dogmengeschichtlichen Entwickelung. Schon die Theorie der Italiener weist darauf hin. Die Meinung des Socinus, welche die größte Anerkennung fand, ist mit der erwähnten Unterscheidung identisch, wenn man nur vitium reale in dem weiteren Sinne nimmt, daß es jeden Verlust des Besitzes wider Willen begreift. In Teutschland wird die Einrede seit Stryk allgemein zugelassen. Dies ist aber gerade dieselbe Zeit, zu welcher man das poss. ordinarium als selbstständiges, auf älterem Besitze beruhendes Rechtsmittel neueren Ursprunges anerkannte. Bei diesem dachte man nicht an die Nothwendigkeit eines unrechtmäßigen Besitzverlustes und ließ daher die Einrede zu. Umgekehrt wurde sie von den Auslegern der Carolina verworfen, weil dieselben die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen ausschließlich im Sinne hatten. Ebenso diejenigen, welche die Spolienklage gegen den dritten Besitzer zulassen, die Präsumtion aber verwerfen. Mit der Selbstständigkeit beider Klagen war die Streitfrage erledigt. Dieses Resultat, welches auf dogmengeschichtlichem Wege erlangt wird, ist auch ganz im Geiste des römischen Rechtes. Ohne Zweifel ist es, daß die Römer die Einrede des Titels in der Publiciana zuließen; es ist aber auch erweislich, daß sie dieselbe verwarfen, wenn der Kläger nicht nur ehemaligen titulirten Besitz, sondern auch unrechtmäßigen Verlust des Besitzes behauptete. Wenn nämlich dem Kläger die Sache entwendet oder geraubt war, so konnte kein nachfolgender Besitzer die Publiciana anstellen [813]); es wird aber wohl zugegeben werden müssen, daß, wer mit der Publiciana nicht klagen konnte, als Beklagter keine Einrede hatte, auch wenn er bonae fidei possessor war. Noch mehr ergiebt sich dies durch die actio quod metus causa, sofern sie gegen den dritten Besitzer geht; hier wird nämlich

810) S. die Citate bei Delbrück a. a. O. N. 9, S. 263.
811) Diss. de composs. in Opp. II. nr. 17. c. 3. nr. 14 sq.
812) S. die Citate bei Delbrück a. a. O. N. 13, S. 263 flg.
813) L. 9. §. 5. D. 6. 2.

die Einrede des Titels ausdrücklich verworfen[814]), obwohl der Kläger nur ehemaligen Besitz und gewaltsamen Verlust des Besitzes zu beweisen nöthig hat. Die für die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen aufgestellte Regel drückt also nur allgemein das aus, was schon bei den Römern in einzelnen Anwendungen galt. Auch giebt es einen gesetzlichen Anhalt. Nach cap. 9. X. de probat. ist die Einrede des Titels nach dem früher Bemerkten zulässig, was sich auf die Klage aus älterem Besitze bezieht. Rücksichtlich der anderen Klage muß man sich an Art. 208 der Carolina und an L. 14. §. 5. D. 4. 2. halten, welche die Einrede nicht zulassen. Die Einrede des Eigenthums hat eine andere Beurtheilung erfahren als die Einrede des Titels, theils deshalb, weil man für den Titel sich auf das kanonische Recht berufen konnte, diese Stütze aber bei der Einrede des Eigenthums zu fehlen schien, theils und hauptsächlich deshalb, weil man bei dieser Frage in der Regel den Fall vor Augen hatte, wenn nicht der dritte Besitzer, sondern derjenige, welcher den Kläger des Besitzes entsetzt hatte, verklagt wurde und nun vorschützte, daß er als Eigenthümer zur eigenmächtigen Besitzergreifung berechtigt gewesen sei. Dies muß bei der hierher gehörigen Literatur berücksichtigt werden. Wo diejenigen, welche die Einrede des Titels zulassen, die Einrede des Eigenthums verwerfen, ist immer an jenen Fall zu denken. Wo aber die Einrede des Eigenthums ohne Vorbehalt zugelassen worden ist, da lag wahrscheinlich ein Fall der dinglichen Klage vor.

4) Heutige Geltung. Es fragt sich nun, ob die hier wiedergegebenen Ausführungen Delbrück's blos eine geschichtliche Bedeutung haben oder auch das Rechtsleben der Gegenwart berühren. Unsere Lehrbücher des heutigen römischen Rechtes sowie des teutschen Privatrechtes wissen nichts von einer dinglichen Klage des heutigen teutschen Rechtes. Es ist daher die Sache der Geschichte und den Particularrechten zu überweisen. Unsere Rechtswissenschaft ist aber durch die Theilung der Arbeit zwischen Romanisten und Germanisten in der eigenthümlichen Lage, daß ihr manche Stücke des wirklich bestehenden Rechtes ganz verloren gegangen sind, weil sie, aus dem Zusammenstoße beider Elemente hervorgegangen, unerkannt und ungepflegt in dem Raume fortleben, bis zu welchem die Wissenschaft nicht dringt. Mit Delbrück muß behauptet werden, daß die dingliche Klage des teutschen Rechtes der Gegenwart angehöre. Die Beweise liegen bereits vor. Dies Institut wurzelt im germanischen Rechte; seine Wurzeln starben nach dem Aufkommen des römischen Rechtes nicht ab, sondern trieben neue mächtige Keime, welche wachsend und frische Kräfte aus dem fremden Elemente ziehend dasselbe bald gänzlich bedeckten und bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts in voller Blüthe standen. Seitdem sind sie zwar von der Wissenschaft nicht gepflegt worden, aber ihr Leben ist nicht erstickt. Vielleicht werden Manche die Fortdauer der dinglichen Klage

814) L. 14. §. 5. D. 4. 2.

des teutschen Rechtes bis zu einer noch innerhalb Menschengedenken liegenden Zeit zugeben, aber hinzufügen, die Fäden seien nunmehr abgerissen, was der Gebrauch geschaffen habe, sei durch den Nichtgebrauch zerstört worden, wenn auch aus Mißverständniß. Wenn dem auch so wäre, so ist doch die Wissenschaft ebenso berechtigt als verpflichtet, ihren Fehler zu verbessern und da wieder aufzubauen, wo sie niedergerissen hat. So wenig die Schule, wenn ein Romanist entdeckt, daß eine Stelle seiner Quellen bisher immer unrichtig verstanden worden ist, Bedenken trägt, die neue Erklärung als einen Gewinn und den neuen Lehrsatz als geltendes Recht zu verzeichnen, worauf dann die Praxis zögernd folgt, sowenig kann es Bedenken haben, wenn es sich um einen Satz des ungeschriebenen Rechtes handelt; es ist gar kein Grund vorhanden, warum es hier anders sein sollte. Es handelt sich aber auch nicht um Wiederherstellung eines völlig abgestorbenen Rechtsgedankens. Vielmehr hat sich derselbe bis auf den heutigen Tag erhalten, wenn auch nur in der kleineren Hälfte der Vertreter der Wissenschaft. Noch jetzt tragen bedeutende Rechtsgelehrte und namentlich die sächsischen Juristen die Grundsätze vor, welche das Wesen der dinglichen Klage des teutschen Rechtes ausmachen und zwar nicht als sächsisches Recht, sondern als gemeines Recht. Die Erfolge der Gegner beschränken sich darauf, daß die Sache eben streitig ist; die unrichtige aber herrschende Meinung ist die der Gegner. Niemand kann der Wissenschaft die Befugniß absprechen, heute diejenige Meinung und zwar in geläuterter Weise wieder aufzunehmen, welche früher gemeine Meinung war, aber seit einiger Zeit von der Mehrzahl für unrichtig gehalten ist. Nur die besseren Gründe können entscheiden. Von den Gegnern wird gesagt, der römische Besitzproceß kenne die Rücksicht auf Alter und Titel des Besitzes nicht. Wenn man dies auch zugeben muß, so folgt doch daraus nur, daß diese Elemente aus dem Besitzprocesse auszuscheiden, nicht aber, daß sie aus dem Rechte überhaupt zu vertreiben sind. Die Gegner sagen, eine Besitzklage könne nicht gegen den dritten Besitzer der Sache gehen. Wenn man auch dies einräumen muß, so ist davon nur die Folge, daß die Klage keine Besitzklage, sondern vielmehr eine dingliche Klage ist. Wenn die Gegner sagen, der Besitz sei ein Factum und kein Recht, er könne keine Klage dieser Art erzeugen, so muß auch dies zugegeben werden; es folgt aber daraus nur, daß man die wissenschaftliche Begründung der Klage nicht an den Begriff des Besitzes anknüpfen darf. Es wird ferner von den Gegnern gesagt, eine dingliche Klage solcher Art, wenn sie auch sich denken lasse, sei einerseits dem römischen Rechte, andererseits dem teutschen Privatrechte fremd. Allein unleugbar ist die italienische Jurisprudenz und Praxis des Mittelalters aus einer Gährung und Mischung römischer und germanischer Elemente als selbstständiges Product hervorgegangen und wir haben in Teutschland nicht das in den Quellen stehende römische Recht, sondern das in Italien neu entstandene Recht recipirt. Es handelt sich bei der dinglichen Klage

des teutschen Rechtes nicht um Einführung von etwas Neuem, sondern um Aufsuchung des historisch bereits gegebenen Rechtsstoffes und dogmatische Gestaltung desselben. Dieser Rechtsstoff ist zwar seit 100 Jahren von den Vertretern der Wissenschaft nicht benutzt, sondern mit einer gewissen Vornehmheit infolge der überwiegenden romanistischen Bildung unserer Rechtsgelehrten bei Seite und unbeachtet gelassen worden. Es ist dies aber lediglich deshalb geschehen, weil man bei dem poss. ordinarium und bei der Spolienklage die teutschrechtliche Grundlage derselben, obwohl schon wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden war, gänzlich ignorirte; eine Verschuldung, welche selbst der größten anerkannten juristischen Auctorität unserer Zeit, einem Savigny, zur Last fällt und von welcher sich auch der Verfasser dieses Artikels in der hier fraglichen Beziehung selbst nicht freispricht, obwohl derselbe in anderer Beziehung, z. B. hinsichtlich der Gewissensvertretung, sich bemüht hat, dem teutschrechtlichen, namentlich im sächsischen Rechte beruhenden Ursprunge derselben Anerkennung zu verschaffen und daraus auch wichtige praktische Folgen hinsichtlich mehrerer im gemeinen Civilprocesse bestehenden Streitfragen abzuleiten. Kann nun nachgewiesen werden und es ist dies von Delbrück in ebenso ausführlicher als überzeugender Weise nachgewiesen worden, daß die dingliche Klage des teutschen Rechtes, wenn auch unter verschiedenen Gestalten, seit dem Wiederaufleben der Wissenschaft des römischen Rechtes in Italien, ungeachtet des römischen Rechtes sich erhalten hat, so ist man bei dem bis jetzt fortdauernden Streite über die Grundlage und Bedeutung des poss. ordinarium und der Spolienklage ebenso berechtigt als verpflichtet, an deren teutschrechtlichen Ursprung wieder anzuknüpfen, aus welchem allein sich die bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts bestehende Praxis erklären läßt. Die dingliche Klage des teutschen Rechtes hat aber auch ihre sehr bestimmte gesetzliche Grundlage. Man hat das cap. 9. X. de probat. bisher auf das interd. uti possidetis bezogen, von welchem auch die fragliche Gesetzstelle handelt; da aber in derselben auf Alter und Titel des Besitzes bei der Entscheidung Gewicht gelegt wird, das Gewicht dieser Momente aber sich genügend blos dadurch erklärt, daß in der Gesetzstelle ein Fall der dinglichen Klage des teutschen Rechtes entschieden wird, indem gar nicht abzusehen ist, wie der Pabst sonst auf diese Momente hätte Gewicht legen können, so muß auch dieser Klage ein gesetzlich verbürgtes Dasein zugestanden werden. Die Artikel 207—214 der Carolina sind bisher von Einigen unrichtig, von Anderen gar nicht verstanden worden, von den Meisten aber ganz übersehen. Da sie aber, wie Delbrück nachgewiesen hat, die dingliche Klage des teutschen Rechtes enthalten, so hat diese Klage ein doppelt verbürgtes gesetzliches Dasein. Die Sache steht also formell für die Klage so günstig als möglich; aber auch ihre materielle Berechtigung ist unzweifelhaft, d. h. das wirkliche Leben der Gegenwart hat sich von dem in ihr verkörperten Rechtssatze nicht losgesagt. Schon an sich ist eine solche Lossagung gar

nicht zu vermuthen, da es sich um rein privatrechtliche Satzungen handelt, welche Personen und Sachen, als solche, ohne Beimischung der abgestorbenen oder absterbenden historisch-politischen Elemente des Mittelalters betreffen. Auch mangelt es nicht an positiver Gewähr. Ein Rechtsgedanke, welcher so energisch sich durchzusetzen und den mächtigsten Angriffen gegenüber aus einer Stellung in die andere flüchtend zu erhalten wußte, welcher ebenso die bedeutendsten teutschen Particularrechte sowie die Rechte der angrenzenden Völker germanischen Ursprunges noch jetzt beherrscht, kann weder ungesund, noch lebensunfähig sein; er muß vielmehr auf einem unabweisbaren Bedürfnisse und der sicheren Grundlage nationaler Rechtsüberzeugung beruhen. Selbst gewichtige Stimmen aus der neuesten Gegenwart lassen sich dafür anführen[815].

C. Dogmatische Darstellung der Lehre von der dinglichen Klage des teutschen Rechtes[816]. AA. Die dingliche Klage des teutschen Rechtes. Vorerinnerung. Die Römer haben die Lösung des Problems des Eigenthumsschutzes durch Einschieben von Hilfsgliedern in die Lehre vom Eigenthumserwerbe, also auf dem Gebiete des materiellen Rechtes versucht. Das moderne Recht hat, dem germanischen folgend, einen anderen Weg genommen, indem es auf den Beweis des Eigenthumserwerbes verzichtet, wenn der Kläger gewisse Umstände beweisen kann, infolge welcher er dem Beklagten gegenüber als besser berechtigt erscheint. Das Problem wird also auf das Gebiet des Processes verlegt und dort kraft des Principes der Relativität gelöst. Der Kläger kann sich zum Schutze seines Eigenthums zunächst auf seinen früheren Besitz stützen; vermag der Beklagte ihm nur seinen gegenwärtigen Besitz entgegenzusetzen, so unterliegt er gegen den Kläger. Dies ist die erste Stufe der Relativität und die Grundform der Klage. Der Satz erhält seine innere Begründung dadurch, daß der jetzige Besitzer, welcher keinen Grund seines Besitzes angeben kann, als rechtloser Besitzer gilt, wofür sich bei den Römern bei der

---

815) Die eine Stimme ist Bruns, welcher in seinem Rechte des Besitzes, worin er das remedium ex can. Redintegranda verwirft, in dem „Philosophie des Besitzrechtes" überschriebenen Abschnitte, im letzten Artikel seines Gesetzentwurfes eine Bestimmung vorschlägt, welche ganz die dingliche Klage des teutschen Rechtes aus Verlust wider Willen ist und, obwohl durch seine geschichtlichen und dogmatischen Untersuchungen verurtheilt, nach seiner eigenen Erklärung S. 503 aus Gründen der Zweckmäßigkeit empfohlen wird. Das zweite Zeugniß giebt der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1852, in welchem die Klage aus älterem Besitze noch ebenso ihre Stelle gefunden hat, wie sie vor länger als 500 Jahren in den Statuten von Pisa und Brescia aufgezeichnet ist.

816) Auch liegt, wie bei dem geschichtlichen Theile, die Darstellung von Delbrück zu Grunde, was umsoweniger einer Rechtfertigung bedarf, da ihm das große Verdienst gebührt, gegen die herrschenden Ansichten angekämpft und die dingliche Klage des teutschen Rechtes wieder in ihr Recht eingesetzt zu haben, was sie ganz verloren zu haben schien. Er ist auch der Erste, welcher sich einer dogmatischen Darstellung der Lehre von dieser Klage unterzogen hat.

hereditatis petitio Analogien vorfinden[817]). Zwar wird man erwidern, daß der Vorwurf eben so sehr den Kläger treffe, daß auch dessen Besitz in Ermangelung der Angabe eines Grundes rechtlos gewesen sein werde. Allein die Lage beider Theile ist wirklich ungleich. Zunächst aus dem Grunde der größeren Schwierigkeit des Beweises einer Thatsache, je älter sie ist. Der Mangel der Angabe des Ursprunges des Besitzes von Seiten des ehemaligen Besitzers wird mithin auf die Länge der Zeit geschoben werden; das Schweigen des gegenwärtigen Besitzers darüber aber wird veranlassen, daß man seinen Besitz für verdächtig hält. Dazu kommt ferner, daß der Besitz des Beklagten vom Kläger angefochten wird, nicht aber der Besitz des Klägers vom Beklagten. Denn die Behauptung des Eigenthums von Seiten des Beklagten ist sehr wohl damit vereinbar, daß der Kläger früher einmal das Eigenthum erworben habe. Beide Theile können einen rechtmäßigen Ursprung des Besitzes des Klägers als richtig annehmen, ohne dadurch weiter zu kommen, weil nur die Frage interessirt, in welcher Weise der Besitz des Klägers ein Ende genommen hat. Der Besitz des Klägers ist also in Ansehung seines Ursprunges nicht angefochten; der Vorzug des nicht angefochtenen Besitzes vor dem angefochtenen ist aber sehr natürlich, da sich im allgemeinen grundlose Anfechtungen nicht annehmen lassen. Ein dritter Gesichtspunkt ist folgender. Es läßt sich sagen, der Besitz des Klägers sei zwar nicht hinsichtlich seines Ursprunges, wohl aber in Ansehung seines Endes angefochten; der Kläger werde wahrscheinlich veräußert haben. Zufolge dieser Betrachtung würde man vom Kläger zwar nicht die Angabe des Rechtsgrundes, wohl aber die Angabe der Art des Verlustes verlangen können. Dem steht aber entgegen, daß der Erwerb des Besitzes mit dem Willen des Besitzers erfolgt, der Verlust aber möglicher Weise ohne seinen Willen; daß die Art des Verlustes dem Besitzer ganz unbekannt sein kann. Demnach wird man, wenn beide Theile schweigen, der Kläger über die Art des Verlustes, der Beklagte über die Art des Erwerbes, sich zur Vermuthung gegen den Beklagten neigen; denn das Schweigen des Klägers betrifft eine ihm möglicher Weise unbekannt gebliebene Thatsache, das des Beklagten eine Thatsache, welche ihm bekannt geworden sein muß. Nun ist festzuhalten, daß hier processualische Wahrscheinlichkeit in Frage steht. Auf dem Gebiete derselben gelten Vermuthungen, welche im einzelnen Falle sehr wohl unrichtig sein können. Der Vorzug des älteren Besitzes ist nach dieser Seite hin ebenso berechtigt, wie die Annahme des Fortbestehens des einmal erworbenen Eigenthums, des guten Glaubens des Besitzers u. s. w. — Die Klage bedarf aber nächst der inneren Begründung auch einer civilistischen Construction. Was diese betrifft, so könnte man zunächst an die schon in der Glosse vorkommende Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze anknüpfen und, sich lediglich auf das Gebiet des

817) L. 12. 13. pr. L. 16. §. 4. D. 5. 3.

Processes beschränkend, sagen: die Klage ist die Vindication, aber mit der eigenthümlichen Beweisregel, daß Vermuthungen zum Beweise des Eigenthums hinreichen und die Vermuthung aus ehemaligem Besitze die aus gegenwärtigem Besitze überwiegt. Diese, allerdings mögliche, Auffassung ist aber geschichtlich nicht begründet. Die Vindication und ihre Beweislehre ist unberührt geblieben; neben sie hat man aber eine besondere Klage aus älterem Besitze gestellt. Man hat den ursprünglich processualischen Satz in einen Satz des materiellen Rechtes verwandelt; statt zu sagen: aus dem Besitze wird das Eigenthum vermuthet, sagt man: der ehemalige Besitz hat als solcher Rechtsschutz. Bezweckt also auch die Klage den Schutz des Eigenthums, so ist doch nicht das Eigenthum des Klägers, sondern dessen ehemaliger Besitz der juristische Klaggrund. Man hat sich hierbei an das römische Recht angeschlossen. Auch die Publiciana bezweckt den Schutz des Eigenthums: ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit, ad exemplum vindicationis datur [818]); dennoch ist nicht das Eigenthum, sondern der ehemalige titulirte Besitz der juristische Klaggrund. Ohne Zweifel ist in dieser Beziehung die Natur der römischen sowohl als der teutschen Klage eine anomale; denn eine Klage, für welche ehemaliger Besitz, sei es titulirter oder nicht titulirter, den Klaggrund bildet, schützt, äußerlich betrachtet, nicht ein Recht, sondern eine Thatsache. Diese Anomalie beruht aber auf guten praktischen Gründen. Hätte man sich darauf beschränkt, die Beweislehre in der Vindication nach dem Princip der Relativität umzugestalten, so wären Verwirrungen entstanden. Es gäbe dann eine Klage, zu deren Begründung die Behauptung des Eigenthums gehört, während es doch des Beweises des Erwerbes desselben nicht bedarf; es müßte denn der Antrag und das Urtheil auf Anerkennung des Eigenthums gerichtet werden, und man würde dadurch der Lehre von der Rechtskraft, auf welche in der hier fraglichen Beziehung später zurückzukommen ist, ihre sichere Grundlage entziehen. Ferner wäre die Einredefrage einer viel bedenklicheren Auffassung ausgesetzt. Endlich aber wäre dem redlichen Nichteigenthümer grundsätzlich die Klage versagt. Aus diesen Gründen hat man jenen anderen Weg eingeschlagen. Das Resultat ist also folgendes: wegen der Schwierigkeit des Beweises des Eigenthums und der Unvollkommenheit menschlicher Erkenntniß in Thatfragen konnte man den Rechtsschutz des Eigenthums nicht allein auf den Erwerb des Eigenthums gründen; zur Erreichung dieses Zweckes des leichteren Rechtsschutzes aber reformirte man nicht die Beweislehre, sondern man schuf eine besondere Klage zum Schutze des Eigenthums, in welcher der Beweis des Erwerbes durch den Beweis gewisser Thatsachen ersetzt wird. Die Klage ist, wie die Publiciana, ihren inneren Motiven nach, eine Klage aus vermuthetem Eigenthum, ihrer juristischen Construction nach eine Klage aus ehemaligem Besitze.

---

818) L. 7. §. 6. D. 6. 2. L. 35. pr. i. f. D. 44. 7.

Diese Einsicht ist sehr wichtig. Denn, wenn der Rechtssatz, auf welchem diese Klage beruht, processualischen Ursprunges ist, so darf man seine Rechtfertigung nicht im materiellen Rechte suchen. An dieser Klippe sind schon die Römer gescheitert. Verkennend, daß der der Publiciana zu Grunde liegende Rechtssatz nur durch das positive Recht ein materielles Gepräge erhalten hat, meinten sie, seinen Ursprung im materiellen Rechte suchen zu müssen und griffen in dieser Verlegenheit zu der Fiction der vollendeten Ersitzung. Man könnte ihnen zwar leicht auf dieser Bahn folgen und die dingliche Klage des teutschen Rechtes ebenfalls mittelst dieser Fiction in das System einfügen, indem man die Fiction, welche die Römer auf die Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung beschränken, auf den Fall der außerordentlichen Ersitzung, welche ja keines Titels bedarf, ausdehnt. Dann müßte man aber, abgesehen davon, daß die Schwierigkeit nicht beseitigt, sondern blos verdeckt wäre, sich Consequenzen gefallen lassen, welche zu vermeiden gerade eine recht wesentliche Aufgabe ist, wie sich später zeigen wird. Auf andere Weise unterlagen die Neueren der Schwierigkeit, indem sie den processualischen Ursprung verkannten und glaubten, sich durch Erfindung materieller Rechtsbegriffe helfen zu können. Hierher gehört das sog. Recht zum Besitze. Die Befugniß, die Einräumung des Besitzes einer Sache von einem Anderen zu fordern, kann in mannigfacher Weise begründet sein; diese Befugniß kann zustehen dem Eigenthümer gegen den Besitzer, dem Käufer gegen den Verkäufer, demjenigen, welcher ein interd. adipiscendae possessionis hat, gegen den Gegner u. s. w. Durch diese Beobachtung wurde die Aufstellung eines besonderen Rechtsbegriffes, des seit Donellus[819]) sogenannten ius possidendi oder des Rechtes zum Besitze, im Gegensatze zum ius possessionis oder dem Rechte des Besitzes veranlaßt. Wenn auch dieser Begriff insofern einen gewissen Nutzen haben mag, als er dazu dient, alles Frembartige aus dem Rechte des Besitzes auszuscheiden, so hat er doch im übrigen ebensowenig juristisches Interesse, wie es etwa ein durch Zusammenstellung aller Fälle, in welchen Jemand zu einer Zahlung verpflichtet ist, gebildetes Recht auf Zahlung haben würde. Die Erfindung jenes Begriffes ist dadurch erleichtert worden, daß die dingliche Klage des teutschen Rechtes demselben anscheinend eine eigenthümliche Bedeutung verlieh. Wenn nämlich Jemand nur wegen seines früheren Besitzes die Einräumung des Besitzes verlangen kann, so schließt scheinbar der Besitz als solcher ein Recht zum Besitze in sich. Man glaubte hier einen innigen Zusammenhang zwischen dem Besitze und dem Rechte zum Besitze gefunden zu haben, welchen man bald in größerem, bald in geringerem Umfange ausbeutete. Ein solches Recht zum Besitze als materielles Recht, über dessen Erwerb, Verlust oder Uebertragung Regeln aufgestellt werden könnten, giebt es ebensowenig, wie die bonae fidei possessio und die juristische Gewere im Sinne

819) Comm. iur. civ. Lib. IX. cap. 9.

eines materiellen Rechtes existiren. Nur derjenige, welchem ein entsprechendes dingliches oder obligatorisches Recht zusteht, kann die Einräumung des Besitzes verlangen; diese Befugniß ist aber weder merkwürdiger, noch selbstständiger als andere ihm infolge jenes dinglichen oder obligatorischen Rechtes zukommende Befugnisse. Wird aber dennoch nicht immer der volle Beweis des Rechtserwerbes verlangt und kann derselbe durch den Beweis des früheren Besitzes ersetzt werden, so beruht dies auf processualischen Motiven. Während es also Aufgabe der geschichtlichen Untersuchung war, Sätze des materiellen Rechtes der Römer auf ihren processualischen Ursprung zurückzuführen, ist es umgekehrt die Aufgabe des dogmatischen Theiles, Beweisregeln, nachdem sie als solche erkannt sind, in feste materielle Rechtskörper umzuwandeln. Auf diesem Standpunkte muß man es aber gänzlich aufgeben, diese so gewonnenen Lehrsätze aus der Natur des Eigenthums, des Besitzes oder eines anderen materiellen Rechtes abzuleiten. Der Besitz genügt nicht deshalb zur Begründung der Klage, weil er ein Recht wäre, sondern deshalb, weil die Erleichterung des Schutzes des Eigenthums einem rechtlosen Besitzer gegenüber angemessen erschien. Es gilt, sofern man auf dem Gebiete des materiellen Rechtes stehen bleibt, einem lediglich positiven, keiner weiteren Begründung fähigen Satze. Vermag nun aber der Kläger nicht einmal seinen früheren Besitz zu beweisen, so trägt der Beklagte den Sieg davon. Nach der Auffassung der Römer siegt der Beklagte in der Vindication und Publiciana deshalb, weil er Besitzer ist; die Neueren neigen sich dazu, ihn deshalb siegen zu lassen, weil der gegenwärtige Besitz die Vermuthung des Eigenthums begründe. Die richtige Auffassung ist für uns die römische, ebenfalls deshalb, weil die Klage eine selbstständige ist. Auch die Präsumtion aus gegenwärtigem Besitze ist entbehrlich, ja sogar gefährlich, weil sie auf die eigentliche Vindication übertragen werden kann und dort verwirrend wirkt. Sobald jedoch der Beklagte einen Rechtsgrund seines Besitzes darthun kann, verliert der ältere Besitz des Klägers den Vorzug. Hieraus ergiebt sich die Einrede des Titels. Dieser Satz ist auch so ausgedrückt worden: der Beklagte sei zur Angabe des Titels seines Besitzes verpflichtet. Diese Ausdrucksweise ist jedoch unpassend. Die selbstständige juristische Natur der Klage fordert, daß man auch die Vertheidigung des Beklagten juristisch als Einrede auffaßt. Von einer Verpflichtung des Beklagten zur Angabe des Titels zu reden, kann nur schädlich wirken, indem sich damit die Vorstellung von einer Zwangspflicht und die wunderliche Streitfrage, ob es blos der Angabe oder auch des Beweises des Titels bedürfe, verbindet. Die innere Begründung des Lehrsatzes ist ebenfalls auf processualische Motive zurückzuführen. Die Relativität des Eigenthumsschutzes beruht auf Gründen der Zweckmäßigkeit und unterliegt daher einer gewissen praktischen Biegsamkeit. Für den gegenwärtigen titulirten Besitzer spricht eine größere Wahrscheinlichkeit des Rechtes, als für den nicht titulirten früheren Besitzer. Beweist der Beklagte unmittelbaren Er-

werb vom Kläger, so ist die Aufhebung des Rechtes des Klägers nicht blos wahrscheinlich, sondern gewiß; aber auch, wenn der Beklagte den Erwerb von einem Dritten darthut, rechtfertigt sich die Annahme, daß das Recht des Klägers aufgehört habe. Denn wenn der Kläger sich lediglich auf älteren Besitz stützen darf, so ist dem Beklagten nicht zuzumuthen, die Aufhebung des auf bloßer Annahme beruhenden klägerischen Rechtes zu beweisen; es muß ihm ebenfalls eine Vermuthung zu Statten kommen, nämlich die, daß er nicht habe redlich erwerben können, wenn das klägerische Recht noch fortbestände. So erscheint die Sache auf dem Gebiete der processualischen Wahrscheinlichkeit; im materiellen Rechte aber, welchem die Einrede des Titels nunmehr angehört, ist der Satz ein positiver, ebenfalls keiner weiteren Begründung, etwa aus der Natur der bonae fidei possessio, fähiger. Nach dem bisher Ausgeführten siegt also der frühere Besitzer, außer wenn der gegenwärtige Besitzer redlichen Erwerb beweisen kann. Der herrschenden Lehre der Civilisten entspricht dies zwar nicht; es stimmt aber mit der noch jetzt im Strafprocesse allgemeinen Anschauung überein. Wenn Jemand eine ihm gehörige Sache vermißt und dieselbe im Besitze eines Dritten findet, so kann er, wenn er denselben im Verdachte des Diebstahles hat, anzeigen und zeigt ihn an. Die Untersuchung ergiebt, daß der Denunciant die Sache früher als Eigenthümer besessen, daß der Angeschuldigte Gelegenheit zur Begehung des Diebstahles gehabt hat und daß er sich über den redlichen Erwerb der Sache nicht ausweisen kann; auf letzteren Punkt erstreckt sich natürlich vorzugsweise die Thätigkeit des Untersuchungsrichters. Unter diesen Umständen ist eine Vermuthung des Angeschuldigten wegen Diebstahles höchst wahrscheinlich. Setzt man aber den Fall, daß der Bestohlene nicht den Weg der Denunciation, sondern den der Civilklage einschlägt, hier zwar seinen früheren Besitz beweist, aber durch zufällige Umstände verhindert wird, auch seinen Titel darthun zu können, so siegt nach der herrschenden Lehre der Beklagte. Dieses Ergebniß ist ein höchst auffallendes. Es tritt ein schreiender Widerspruch zwischen Civil- und Criminalverfahren hervor und dieser muß nothwendig auf unhaltbarer Grundlage beruhen, und bereitet dem Criminalrichter, wenn nach der Verurtheilung die Rückgabe des Entwendeten in Frage ist, die größte Verlegenheit. Der Einrede des Titels, der zweiten Stufe der Relativität, kann der Kläger dadurch begegnen, daß er ebenfalls einen Rechtsgrund für seinen Besitz angiebt, was er auch schon in der Klage thun kann, welchenfalls dieselbe die Gestalt der Publiciana hat. — Eine Abart ist die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen, in welcher die Einrede des Titels wegfällt. Von der processualischen Seite betrachtet, beruht dieser Lehrsatz darauf, daß für denjenigen, welcher den Besitz gehabt und wider seinen Willen verloren hat, größere Wahrscheinlichkeit spricht, als für den jetzigen auch titulirten Besitzer, weil die Annahme, daß sein Recht aufgehoben sei, nicht Platz greifen kann. Auf dem Gebiete des materiellen Rechtes, welchem der Satz als solcher angehört,

ist er als ein positiver zu betrachten. Bisher ist immer davon ausgegangen, daß der Kläger der wahre Eigenthümer ist. Es ist aber auch möglich, daß er dies nicht ist. Nach dem bereits früher unter I. A. 2. lit. b. Ausgeführten bewahrt die Klage aber auch in diesem Falle den allgemeinen Charakter einer Klage zum Schutze des Eigenthums. Betrachtet man lediglich die Klage, so hat die Sache keine praktische Bedeutung; denn der Kläger hält sich für den Eigenthümer und stellt sich dem Richter als solchen dar. Es fragt sich also nur, ob der Beklagte einredeweise den Umstand geltend machen kann, daß der Kläger nicht der wahre Eigenthümer sei, und auf diese Frage wird später eingegangen werden. — Somit hat der Eigenthümer, welcher den Besitz der Sache verloren hat, nach heutigem Rechte drei Klagen: 1) die eigentliche Vindication, welche unverändert aus dem römischen Rechte herübergenommen und in welcher der strenge Eigenthumsbeweis zu führen ist; 2) die Klage aus älterem Besitze, welche die Publiciana, und 3) die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen, welche die actio quod metus causa, soweit sie sich auf den Verlust von Sachen bezieht, absorbirt hat. Hinsichtlich der Beweisstellen ist im allgemeinen auf den historischen Theil zu verweisen. Selbstverständlich muß auch das römische Recht, soweit es nicht andere Grundlagen hat, benutzt werden. Gerade müssen römische und teutsche Elemente hier in einander verarbeitet werden.

1) Klage aus älterem Besitze. a) Klaggrund. aa) Im allgemeinen. Kläger ist der ehemalige und Beklagter der jetzige Besitzer der Sache. Im Leugnungsfalle muß daher Kläger 1) seinen früheren Besitz und 2) den jetzigen Besitz des Beklagten beweisen[820]. Der ehemalige Besitz des Klägers muß ein juristischer cum animo domini sein[821]. Hier liegt aber eine nicht erledigte Streitfrage vor. Dem germanischen Rechte ist der Unterschied zwischen juristischem Besitze und bloßer Detention in seiner vollen Schärfe unbekannt, überdies versagte es dem Eigenthümer, welcher eine bewegliche Sache freiwillig aus seinem Besitze weggegeben hatte, die Klage gegen den dritten Besitzer und gewährte deshalb auch dem Detentor die Klage. Diese Auffassung erhielt sich auch nach dem Zusammenstoße mit dem römischen Rechte. Von der Glosse und Bartolus wurde dem Detentor die Klage unter dem Namen des iudicis officium verstattet. Nach Ausbildung der Theorie des remedium ex can. Redintegranda war Jahrhunderte lang Streit darüber, ob das Rechtsmittel dem Detentor zustehe, ohne daß man zum Abschlusse gelangte. Da die Klage zum Schutze des Eigenthums dienen soll und überdies die Nöthigung zu einer Annahme durch die Rechtsregel: Hand muß Hand wahren, nicht mehr vorliegt, so kann nur ein dem Eigenthum entsprechender factischer Zustand, also nur der juristische Besitz genügen. Es kann aber in manchen Fällen ein dringendes

820) Specielle Quellen sind cap. 9. X. de probat. (II. 19.) und der Digestentitel de Publ. in rem actione (VI. 2.)

821) L. 13. §. 1. D. 6. 2.

Bedürfniß vorliegen, auch dem Detentor die Klage zu geben, z. B. wenn Jemand auf einer Reise eine geborgte Sache verliert. Doch gewährt hier schon das römische Recht eine Aushilfe, indem es dem Stellvertreter des Besitzers, wenn er dejicirt wird und der Besitzer abwesend ist, Namens des Letzteren das Interdict giebt[822]). Durch Uebertragung dieser Regel in angemessener Erweiterung auf die dingliche Klage des teutschen Rechtes wird dem praktischen Bedürfnisse genügt und zugleich jene Streitfrage gelöst. Ist also der Besitzer abwesend, so kann der Stellvertreter klagen, ohne daß es eines Auftrages bedarf; ist er aber anwesend, so gebührt nur ihm die Klage. Denn selbstverständlich ist auch derjenige zur Klage berechtigt, welcher den Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt hat. In Ansehung der Jungen von Thieren genügt, wenn der Kläger das trächtige Mutterthier besessen hat[823]). Gleichgiltig ist es, wie lange der Besitz des Klägers gedauert hat; es genügt auch ein ganz kurzer Besitz[824]). Indessen hat auch dieser Satz nicht immer und überall Anerkennung gefunden; vielmehr findet sich auch hier eine eigenthümliche Nachwirkung der germanischen Gewere. Von dem dort vorkommenden Besitze von Jahr und Tag hat das gemeine Recht, namentlich bei der Ersitzung, keinen Gebrauch gemacht. Das Kulmische und das sächsische Recht begnügten sich bei Mobilien mit der Frist von Jahr und Tag; bei Immobilien kamen sie zu der Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, wenn auch nicht dadurch, daß sie die Frist von Jahr und Tag an die 30jährige römische Verjährungsfrist anhingen, doch durch Mißverständniß des in den Rechtsbüchern des Mittelalters gesetzten tempus continuum für diejenigen, welche durch Abwesenheit oder Unbekanntschaft mit der vorgegangenen Veränderung an der Wahrnehmung ihrer Rechte verhindert worden waren (siehe den Artikel **Verjährung**). Das revidirte Lübische Recht nahm für bewegliche Sachen und Dienstbarkeiten die einfache Frist von Jahr und Tag an[825]). Am merkwürdigsten ist die Verbindung der germanischen Frist mit den Besitzklagen. Die älteste Spur derselben zeigt sich in Frankreich, wo der Jahresbesitz bei Besitzklagen, welcher noch im Code civil gilt, schon im 13. Jahrhundert vorkommt[826]), und damit ist das bayer. Landrecht von 1346 zu verbinden[827]). Aber auch für das gemeine Recht Teutschlands ist bisweilen die Behauptung aufgestellt worden, daß die Besitzstörungsklage einen einjährigen Besitz voraussetze[828]). Besonders haben die sächsischen Juristen diesen Satz aufgestellt, selbst für das poss. summari-

822) L. 1. C. VIII. 5.

823) L. 11. §. 2. D. 6. 2. L. 48. §. 5. i. f. D. 17. 2.

824) L. 12. §. 7. D. 6. 2.

825) Kulm. Recht III, 108. — **Haubold**, sächs. Privatr. §. 185. **Heimbach**, sächs. Privatr. §. 185. — Lüb. Recht I, 8.

826) Siehe die Nachweisungen darüber bei **Delbrück** a. a. O. §. 49.

827) Vgl. **Delbrück** a. a. O. §. 14 a. E.

828) Z. B. **Schaumburgk**, Princ. prax. iur. iud. I. 2. c. 4. §. 3. nr. 5. **Roßhirt**, Dogmengeschichte S. 209.

issimum[829]), und diese Meinung ist in mehrere sächsische Proceßordnungen übergegangen[830]), findet sich auch in anderen Particularrechten[831]). Ohne Zweifel hat man es hier mit einem Reste germanischen Rechtes zu thun[832]). Die Beibehaltung beruht aber auf einem Mißverständnisse. Wenn sich auch für die dingliche Klage das Erforderniß des einjährigen Besitzes noch allenfalls als möglich annehmen ließe, so hat doch die gemeine Meinung dasselbe mit Recht aufgegeben; bei Besitzklagen ist zur Annahme dieses Erfordernisses gar kein Grund vorhanden. Zu den obigen Erfordernissen muß noch 3) die bona fides hinzutreten und zwar fortdauernde. Es ist darüber gestritten worden, ob nicht auch der malae fidei possessor die Spolienklage anstellen könne. Dies ist aber hier ohne Bedeutung, wo die Spolienklage nur insofern in Betracht kommt, als sie dinglich ist, nicht aber insofern sie Besitzklage ist; nur auf letztere bezieht sich der Streit, was freilich, weil man beide Functionen nicht trennte, nicht ausdrücklich gesagt wird. In Bezug auf die Publiciana ist unzweifelhaft bona fides erforderlich[833]); man streitet aber darüber, ob mala fides superveniens die Klage hindert. Nach römischem Rechte ist dies indessen nicht anzunehmen, da die Klage auf der Fiction der Ersitzung beruht und diese fortwährende bona fides nicht verlangt; für das heutige Recht ist aber die fortdauernde bona fides auf den Grund der bekannten kanonischen Bestimmungen auch für die Publiciana für erforderlich zu achten[834]). Die Erörterung dieser Streitfrage aus dem Standpunkte der Fiction hat hier aber kein Interesse, weil dieser Standpunkt für die dingliche Klage des teutschen Rechtes nicht vorhanden ist. Hier entscheidet die Betrachtung, daß die Klage eine Klage zum Schutze des Eigenthums ist und demjenigen nicht zustehen kann, welcher mit dem Eigenthum eines Anderen bekannt ist. Es ist zwar der Erfolg nicht ausgeschlossen, daß ein Nichteigenthümer den minder Berechtigten überwindet; dies kann aber niemals dem malae fidei possessor zu Statten kommen, da niemand, welcher weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, fordern kann, daß er, auch einem rechtlosen Besitzer gegenüber, als Eigenthümer betrachtet werde. Die Frage ist übrigens von geringer praktischer Bedeutung, da der Kläger den guten

829) Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 7. def. 14. Berger, Electa proc. poss. §. 22. Hommel, de proc. poss. summ. qu. 5. Kind, Qu. for. Tit. III. cap. 15. Pfotenhauer, über den neuesten Besitz §. 9.

830) Kgl. sächs. erläut. Proceßordnung Anhang §. 20. Altenb. PO. P. II. Cap. 3, §. 7. Goth. PO. P. II. Cap. 4, §. 7. Rudolst. PO. P. II. Tit. 2, §. 7. Sondersh. Gesetz v. 20. Februar 1834 §. 185—189. Das neuere Goth. Gesetz über den unbestimmten summarischen Proceß v. 12. October 1837 §. 6 hebt den Annalbesitz wieder auf.

831) Project des Cod. Frid. March. Tit. 3, §. 3. Cod. iud. bavar. v. 1753 c. 3. §. 8.

832) Mittermaier, Beiträge IV, S. 210, 323. Bruns, das Recht des Besitzes S. 404, Anm. 2.

833) L. 7. §. 11. D. 6. 2.

834) Das Nähere darüber ist in dem Artikel Verjährung vorgekommen.

Glauben nicht zu beweisen braucht. Der directe Gegenbeweis des Beklagten ist darauf gerichtet, entweder, daß er, der Beklagte, nicht besitze oder darauf, daß der Kläger nicht besessen oder wenigstens als Eigenthümer nicht besessen habe oder auf die mala fides des Klägers. Der Nichtbesitz des Klägers kann künstlich dargethan werden, nämlich so, daß der Besitz eines Anderen zu der Zeit, wo Kläger besessen haben will, bewiesen wird oder daß dargethan wird, der Kläger sei überhaupt oder der Zeit unfähig gewesen, Sachen der fraglichen Art zu besitzen. Antrag und Urtheil gehen nicht, wie bei der Vindication, auf Anerkennung eines Rechtes, sondern einfach auf Herausgabe der Sache. bb) Berufung auf den Besitz des Erblassers. Es ist nicht nöthig, daß der Erblasser selbst besessen hat; es reicht hin, wenn er den Besitz seines Erblassers oder dessen Erblassers u. s. w. darthun kann. Obwohl es für den Kläger an sich eine Grenze nicht giebt, so wird doch durch die Einreden der Verjährung und der Ersitzung eine sehr bestimmte Grenze gezogen. In dieser Berufung auf den Besitz des Erblassers liegt der wahre Sinn der Rechtsregel: der Todte erbt den Lebendigen, soweit sie gemeinrechtlich geworden ist. Der germanische Grundsatz vom Uebergange der Gewere auf den Erben hat zunächst eine erbrechtliche Beziehung. Während das römische Recht einen Antritt der Erbschaft verlangt, geht die Gewere von selbst über. Dieser Punkt ist hier nicht von Interesse. Dann aber hat jener Grundsatz eine speciellere Beziehung auf den Uebergang des Eigenthumsschutzes, von welchem hier die Rede ist. Schon bei den Römern findet sich etwas Verwandtes in der accessio possessionis. Der Erbe succedirt zwar nicht in den Besitz, wohl aber in die conditio usucapiendi des Erblassers. Dieser wichtige Satz ist auch auf die Publiciana von Einfluß. Indessen kann dies hier bei Seite gelassen werden. Entschieden geht der Rechtsschutz, dessen die conditio usucapiendi durch die Publiciana genießt, auf Erben und Erbnehmer über; ob auf Legatare und Schenknehmer auf den Todesfall, ist bestritten. Das moderne Recht geht einen Schritt weiter. Es läßt consequenter Weise den Rechtsschutz, welchen der einfache ehemalige Besitz gewährt, auf den Erben übergehen, und drückt dies durch das Rechtssprüchwort aus: der Todte erbt den Lebendigen. Der geschichtliche Verlauf ist folgender. Der germanische Grundsatz vom Uebergange der Gewere auf den Erben trat mit dem römischen Satze in Berührung, daß der Besitz nicht auf den Erben übergeht, sondern besonders von ihm erworben werden muß. In dieser Beziehung liegt kein Conflict vor. Die Stellen, welche man dafür anführt, daß das ältere teutsche Recht den Uebergang des Besitzes auf die Erben annehme, können nichts beweisen, da Gewere ein sehr vieldeutiges Wort ist; es müßte auch bewiesen werden, daß Gewere dort den factischen Besitz bedeute. Gegen den unmittelbaren Uebergang spricht namentlich sächs. Landrecht B. 3, Art. 31, §. 2, wo es heißt, daß die dingliche Klage gegen die Erben des Besitzers nicht gehe, wenn sie nicht selbst besitzen.

Entscheidend ist aber der innere Grund, daß der Satz ohne praktische Bedeutung gewesen wäre. Denn durch keinen Rechtssatz kann Unmögliches bewirkt und dem Erben ein thatsächlicher Besitz verschafft werden, welchen er nicht hat. Es könnte also doch nur davon die Rede sein, daß der Erbe gewisse Rechte des Besitzers, welche ohne factische Detention ausgeübt werden können, erhalte, d. h. daß er Anspruch auf Besitzklagen machen könne. Allein das germanische Recht kannte keine Besitzklagen und mithin ließ sich diese Frage gar nicht aufwerfen. Der germanische Uebergang der Gewere bezieht sich nicht auf den Schutz des Besitzes, sondern auf den Schutz des Eigenthums. Wenn dies auch von vornherein verkannt wurde, so kann dies nicht mehr auffallen, als der Umstand, daß man die dingliche Klage des teutschen Rechtes für eine Besitzklage hielt. In diesem vermeintlichen Conflicte siegte das römische Recht. Desto lebhafter wucherte die Idee des Besitzüberganges in dem Particularrechte. Viele italienische Statuten enthielten den Satz: defuncti possessionem in heredem continuari. Aehnlich lauten teutsche Particularrechte[835]). In den ersten Zeiten des Zusammenstoßes hatte die Beziehung auf die Besitzklagen wenig oder keine Gefahr, weil die römischen Interdicte, welche man in der Praxis fast nur dem Namen nach kannte, im wesentlichen nur als Hülle der dinglichen Klage des teutschen Rechtes dienten. Der Uebergang der possessio war im wesentlichen nichts anderes, als der Uebergang der Gewere, d. h. der Uebergang des Eigenthumsschutzes. Erst später, als man dem Erben die römischen Interdicte geben wollte, entstand eine nachtheilige Verwirrung. Das Bisherige betrifft den Uebergang des Besitzes. Was aber den Uebergang des Eigenthumsschutzes betrifft, so ist dieser niemals bezweifelt worden, weil die Theorie den Satz, daß bei der Klage aus älterem Besitze Berufung auf den Besitz des Erblassers zulässig sei[836]), nicht aus dem Uebergange des Besitzes herleitete. In der Regel beruhigte man sich damit, auszusprechen, daß die Klage activ auf die Erben übergehe[837]), was mit dem römischen Rechte übereinstimmte, aber die Wahrheit, wie bemerkt, nur halb enthielt. Was vom Erben und Erbnehmer gilt, muß auch, worin eine weitere Modification des römischen Rechtes besteht, vom Legatar und denjenigen gelten, welche ihm gleichgestellt sind. Wenn auch hier, da sie Singularsuccessoren sind, eine Anomalie vorliegt, so ist es eine eben solche Anomalie, daß das Eigenthum ohne Tradition übergeht, und wo das Eigenthum übergeht, muß auch der

---

835) Siehe die Nachweisungen bei Delbrück a. a. O. S. 295, N. 18.

836) Statuten von Pavia und Lucca, deren hierauf bezügliche Stellen abgedruckt sind bei Delbrück a. a. O. §. 37, Nr. 5 u. 3. Paul de Castro, II. cons. 92. Alex. Tartagnus, III. cons. 33. IV. cons. 92. Phil. Decius, cons. 57. Menochi, de praesumt. VI. pr. 64. nr. 17.; desgl. de retin. poss. III. nr. 726. vers. possessio autem. Struv, Syntagm. Exerc. 45. §. 2. lit. *d.* Voet, Comm. ad Pand. VI. 2. nr. 2. i. f.

837) Siehe die Citate bei Delbrück a. a. O. S. 296, N. 22.

rechtliche Schutz des Eigenthums übergehen. Es ist von hier aus ein Rückblick auf die accessio possessionis bei der Universalsuccession zu werfen. Der in der conditio usucapiendi liegende Rechtsschutz geht auf den Erben über; ebenso geht vermöge der teutschen Rechtsregel der dem Erblasser wegen des einmal gehabten Besitzes zustehende Rechtsschutz auf den Erben über, obwohl der Besitz nicht übergeht. Diese Analogie zeigt sich auch darin, daß gerade in Ansehung dieser successio in die conditio usucapiendi der Ausspruch der römischen Quellen vorkommt: possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem. Sowie die Teutschen ihre Gewere, gebrauchten also auch die Römer ihre possessio, für den darauf beruhenden Rechtsschutz, die Römer bei der Usucapion, die Teutschen bei der dinglichen Klage. Die dingliche Klage des teutschen Rechtes ist mithin, wie schon früher bemerkt worden ist, nur eine consequente Fortbildung der von den Römern angebahnten Behandlung des Eigenthumsschutzes. Es ist deshalb in dieser accessio possessionis zugleich ein Anhalt zur Entscheidung zweifelhafter Fragen bei Anwendung der teutschen Rechtsregel zu finden. Alles, was von jener gilt, ist auch hier anwendbar, soweit die Natur der Verhältnisse es zuläßt. Daraus folgt: 1) wie bei der successio in usucapionem der Erblasser sich in conditione usucapiendi befunden haben muß, so muß hier der Besitz des Erblassers so beschaffen gewesen sein, daß er selbst die Klage hätte anstellen können, d. h. er muß bonae fidei possessor gewesen sein; 2) dagegen bedarf es nicht, wie bei der Usucapion, des ununterbrochenen Besitzes; auch ist der Zwischenbesitz eines Dritten oder des Gegners unschädlich, da der Rechtsschutz aus früherem Besitze durch späteren Besitz eines Anderen nicht aufgehoben wird, im Gegentheil die Bedeutung hat, sich diesem gegenüber wirksam zu zeigen.

b) Einreden. Folgende Einreden kommen hier in Betracht: aa) Die Einrede des älteren Besitzes. Wenn der Beklagte älteren Besitz als der Kläger und zugleich Fortdauer dieses Besitzes bis zur Gegenwart behauptet, so liegt darin ein Leugnen des Klaggrundes, weil dann überall kein Besitz des Klägers denkbar ist, und gehört zum directen Gegenbeweise. Behauptet aber der Beklagte, daß er, abgesehen von seinem jetzigen Besitze, schon früher einmal und zwar vor dem Kläger besessen habe, so enthält diese Behauptung eine Einrede, welche die Klage ausschließt. bb) Einrede des Titels. Sobald der Beklagte rechten Erwerb beweisen kann, so ist damit ohne Rücksicht auf das Altersverhältniß zwischen dem Besitze des Klägers und dem Titel des Beklagten, die Klage beseitigt. In Ansehung der iusta causa gelten dieselben Regeln, wie bei der Ersitzung, jedoch mit den bei der Publiciana angenommenen Modificationen[838]). cc) Einrede des Eigenthums. Diese Einrede findet gegen die dingliche Klage des teutschen Rechtes ebenso statt, wie gegen die Publiciana, namentlich auf Grund

838) Ueber das Einzelne vgl. Delbrück a. a. O. S. 298—300.

der Ersitzung. dd) Einrede der Veräußerung. Durch den Nachweis, daß der Kläger die früher besessene Sache selbst veräußert habe, wird die Klage zerstört. Diese Einrede ist in doppelter Gestalt möglich; erstens so, daß Veräußerung an den Beklagten selbst, zweitens so, daß Veräußerung an einen Dritten behauptet wird. In beiden Fällen ist die Einrede begründet. Was zunächst die Veräußerung an den Beklagten selbst anlangt, so muß selbstverständlich der Beklagte mit dieser Behauptung gehört werden, da der Kläger dolos handelt, wenn er die veräußerte Sache zurückfordert. Es galten hier die Grundsätze von der exceptio rei venditae et traditae. Man darf daher diese Einrede nicht als Einrede des Titels auffassen, da bei dieser auch ein putativer Titel genügt; bei der Einrede der Veräußerung wird aber eine wirklich giltige Veräußerung vorausgesetzt. Die auf die exceptio rei venditae et traditae bezüglichen Aussprüche der römischen Quellen beziehen sich zunächst auf die Vindication; sie müssen aber auch von der Publiciana gelten. Auch die Veräußerung an einen Dritten begründet die Einrede. Dafür sprechen folgende Gründe. Klagt der Kläger mit der eigentlichen Vindication, so muß der Beklagte mit der Behauptung gehört werden, der Kläger habe das früher erworbene Eigenthum später durch Veräußerung selbst wieder aufgegeben. Dieser Lehrsatz ist mit Recht auf die Klage des teutschen Rechtes übertragen worden[839]). Denn da sie eine Klage zum Schutze des Eigenthums ist, so kann sie demjenigen nicht zustehen, welcher aufgehört hat, Eigenthümer zu sein. Diese Vertheidigung des Beklagten ist übrigens keine Einrede im eigentlichen Sinne, sondern mehr eine sog. relative oder qualificirte Verneinung des Klaggrundes, was jedoch bei der anomalen Natur der Klage sehr zurücktritt. Die Veräußerung ist hier übrigens im weitesten Sinne zu nehmen, so daß auch jede Entäußerung, z. B. Dereliction genügt. Dagegen darf man die Aufgebung des Besitzes oder der Detention ohne die Absicht der Veräußerung, z. B. durch Hingabe der Sache an einen Stellvertreter, aus Nachlässigkeit oder Versehen u. s. w., der Veräußerung nicht gleichstellen. Wenn man auch den Satz in dieser unrichtigen Ausdehnung findet, so liegt der Grund nur darin, daß man die Klage aus älterem Besitze von der Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen nicht gehörig unterschied; denn bei letzterer hat allerdings die bloße Aufgebung des Besitzes ohne die Absicht der Veräußerung keinen Einfluß. Auch wirkte die Regel des teutschen Rechtes: Hand muß Hand wahren, nach. ee) Einrede der Verjährung. Nach dem Vorgange der Glosse zu den Decretalen[840]) waren viele Kanonisten für völlige Ausschließung der Verjährung. Eine entgegengesetzte romanistische Auffassung läßt die kurze Verjährung des Interdictes Platz greifen. Die Praxis hat sich dagegen für die gewöhn-

839) Vgl. die Citate bei Delbrück a. a. O. S. 303, N. 25.
840) Gl. Spoliatus zu cap. 2. X. de rest. spol. (II. 19.)

liche 30jährige Verjährung der Klage entschieden[841]). Was von der Verjährung der eigentlichen Vindication gilt, wird auch hier zur Anwendung zu bringen sein. — Der Beklagte siegt also, wenn er dem Kläger mala fides oder sein eigenes Eigenthum oder eine Veräußerung an ihn, den Beklagten, oder an einen Dritten nachweist. Es fragt sich, wie es sich verhalte, wenn der Beklagte, ohne daß eine dieser Voraussetzungen vorliegt, beweisen kann, daß nicht der Kläger, sondern ein Dritter Eigenthümer ist. Die Römer gestatteten in der Publiciana eine solche Vertheidigung nicht; nur unter Umständen konnte sie Erfolg haben, wenn nämlich der dritte Eigenthümer zugleich ein privilegirter war, weil bei den Sachen solcher Eigenthümer die Usucapion ausgeschlossen war. Auch für das heutige Recht ist diese Vertheidigung für unzulässig zu halten und zwar, wie sich später ergeben wird, ohne jene Beschränkung. Denn eine solche Einrede ist eine wahre exceptio de iure tertii und steht mit dem Princip der Relativität in vollständigem Widerspruche. Auch schließt der Umstand, daß ein Anderer einmal das Eigenthum erworben hat, nicht aus, daß der Kläger jetzt Eigenthümer sein könne. Endlich ist der Erfolg, daß der Nichteigenthümer gegen den minder Berechtigten mit der Klage durchdringt, gar nicht ausgeschlossen. Der Zweck des Beklagten bei jenem Nachweise kann etwa nur der sein, auf künstlichem Wege und in Verbindung mit anderen Umständen die mala fides des Klägers oder die erfolgte Veräußerung zu beweisen. In ähnlicher Weise läßt sich der Umstand benutzen, daß der Kläger den Besitz des Beklagten gewußt und geduldet habe, indem sich unter Umständen durch denselben der künstliche Beweis wird führen lassen, daß der Kläger veräußert habe.

c) Repliken und Dupliken. Zunächst fragt es sich, wie sich der Kläger gegen die Einrede des Titels zu vertheidigen habe. 1) Zunächst kann er sich durch Angabe eines eigenen Titels vertheidigen, eine Angabe, welche nicht als Verbesserung der Klage, sondern als wahre Replik zu betrachten ist. Denn konnte auch der Kläger gleich anfangs die Klage auf einen Titel stützen, so ist doch der Titel an sich zur Begründung der dinglichen Klage des teutschen Rechtes nicht erforderlich und wird in der Replik nur zur Entkräftung der Einrede herbeigezogen. Haben beide Theile ihren Titel beigebracht, so fragt es sich, welcher den Vorzug habe. Wenn beide ihr Recht von demselben Auctor ableiten, so siegt derjenige, an welchen die Tradition zuerst erfolgt ist[842]). Es fragt sich, wie es steht, wenn beide Theile ihr Recht von verschiedenen Auctoren ableiten. Die römischen Juristen waren hinsichtlich der

---

841) Belege dafür siehe bei Delbrück a. a. O. S. 305, N. 30. Selbst für das poss. ordinarium hat man diese lange Verjährung angenommen, soweit es sich um Restitution des Besitzes handelte. Menochi, de retin. possess. III. nr. 706 sq. Stryk, Consil. Hal. Jlt. II. 1. cons. 40. Heerwart, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 319.

842) L. 9. §. 4. D. 6. 2. L. 31. §. 2. D. 19. 1.

Beantwortung dieser Frage verschiedener Meinung. Neratius erklärte sich auch hier für den Vorzug desjenigen, welchem zuerst tradirt worden ist; Julian und Ulpian wollten den gegenwärtigen Besitzer vorziehen und beide Meinungen sind in die Digesten aufgenommen[843]). Noch heutzutage ist die Sache unter den Civilisten streitig. Die gemeine Meinung folgt der letzteren Regel. Baldus entschied sich für den Vorzug des älteren Titels, weil vermuthet werde, daß auf Seiten des älteren Titels auch der ältere Besitz sei[844]); Andere zogen den onerosen Titel dem lucrativen, den titulus specialis dem titulus generalis vor[845]). Die Streitfrage läßt sich einfach und sachgemäß nur entscheiden, wenn man auf den Urquell der ganzen Lehre, das germanische Recht, zurückgeht. Der Beklagte konnte sich dort durch die Einrede des Titels nicht schützen, aber er konnte sich auf seinen Geweren ziehen und den Kläger dadurch ebenfalls zur Angabe seines Geweren nöthigen, worauf dann die Geweren mit einander den Streit führten. Wenn man den hierbei zu Grunde liegenden Gedanken auf unser heutiges Verfahren überträgt, so lautet der Grundsatz einfach dahin: der Rechtsstreit ist so zu entscheiden, wie er entschieden sein würde, wenn nicht die Parteien, sondern deren Vormänner mit einander stritten. Mit anderen Worten ausgedrückt lautet er so: kein Titel hat an sich einen Vorzug vor dem anderen, sondern es siegt derjenige, dessen Vorbesitzer der ältere Besitzer gewesen ist[846]). Die Lehre des Neratius und der Italiener wird in vielen Fällen damit im Einklange stehen, weil sie nämlich — Neratius direct, die Italiener indirect — ebenfalls den älteren Besitz vorzogen, indem frühere Tradition früheren Besitz bedingt; nur dann täuscht ihre Lehre, wenn der Vorbesitzer desjenigen, welchem später tradirt worden ist, einen älteren Besitz gehabt hat, als der Vorbesitzer dessen, welchem früher tradirt worden ist. Dies läßt sich nur unter der Voraussetzung denken, daß der Besitz des erstgedachten Vorbesitzers eine Zeit lang durch den Besitz des anderen Vorbesitzers unterbrochen gewesen ist. Nach Neratius und Baldus siegt dann der Nachfolger des letzteren, weil ihm früher tradirt worden ist; nach dem obigen Satze aber siegt der Gegner wegen des früheren Besitzes seines Vorbesitzers. Es ist hier weniger eine principielle Verschiedenheit, als ein unvollständig ausgebildeter Lehrsatz bei Neratius und den Italienern vorhanden. Der Vorzug des älteren Vorbesitzes beruht auf der allgemeinen Regel, daß der jüngere Besitz dem älteren

---

843) Vgl. die in der vorigen Note angeführten Stellen.

844) Disp. Baldi de vi turbativa (Accusatus) §. sec. et in tert. cas. Menochi, de retin. possess. III. nr. 736. trat dieser Ansicht bei.

845) Statuten von Pisa in der bei Delbrück a. a. O. S. 200 abgedruckten Stelle. Voet, Comm. ad Pand. VI. 2. §. 7. Kreittmayr, Anmerk. über den codex bavar. II. S. 198 und Andere bei Delbrück a. a. O. S. 307, N. 6.

846) Am klarsten findet sich dieser Satz in den Statuten von Lucca in der bei Delbrück a. a. O. 202 abgedruckten Stelle ausgesprochen.

nachstehen muß. Es folgt aber auch hieraus wieder die Beschränkung, daß, wenn der jüngere Vorbesitz auf einem Titel beruht, der ältere nicht titulirte Vorbesitz zurücksteht. Es ist nun möglich, daß beide Theile den Besitz des Vorbesitzers u. s. w. beibringen. Dadurch wird in der Sache aber nichts geändert; es wird immer derjenige siegen, dessen letzter Vorbesitzer der ältere ist, vorausgesetzt, daß die Zahl der Vorbesitzer auf beiden Seiten gleich ist; bei ungleicher Zahl siegt die längere Reihe, auch wenn sie in der Zeit nicht so weit hinaufreicht, weil der jüngere titulirte Besitz dem älteren nicht titulirten vorgeht. Ein Streit ohne Ende ist hieraus nicht zu befürchten. Häufig wird sich durch das Zurückgehen auf die Vormänner ergeben, daß beide von demselben Auctor oder daß der Eine von dem Anderen redlich erworben oder endlich, daß der Eine an den Anderen den Besitz wider Willen verloren hat, und in allen diesen Fällen bedarf es keines weiteren Zurückgehens. Ist dies aber nicht der Fall, so wird sich endlich auf einer Seite die Ersitzung ergeben, wodurch jeder weitere Streit ein Ende hat. Es fragt sich aber: in welchen Fällen darf auf den Vorbesitzer zurückgegangen werden und welche Beschaffenheit muß der Besitz des Vorbesitzers gehabt haben. Hier muß man, wie bei der Rechtsregel: der Todte erbt den Lebendigen, wieder an das römische Recht und zwar an die Lehre von der accessio possessionis bei der Singularsuccession anknüpfen. Die Bedingung der Continuität des Besitzes fällt weg; es ist durchweg bona fides nothwendig; im übrigen trifft die Analogie vollständig zu, namentlich muß die Partei, wenn sie sich den Besitz des Vormannes anrechnen will, selbst besessen haben; auch muß der Besitz des Vormannes so beschaffen gewesen sein, daß er selbst hätte klagen können; endlich wird das Dasein eines Rechtsgeschäftes, auf welchem die Succession beruht, vorausgesetzt. 2) Eine fernere Art der Vertheidigung des Klägers gegen die Einrede des Titels ist, daß er geltend macht, er habe nicht blos früher besessen, sondern auch den Besitz wider Willen verloren. Diese Behauptung kann, obschon sie von vornherein zur Begründung der Klage hätte dienen können, auch noch als Replik vorgebracht werden. 3) Die Einrede der Veräußerung kann auch als Replik oder Duplik vorkommen; es gilt hier Alles, was von der exceptio rei venditae et traditae, wenn sie als Replik vorgebracht wird, gilt. —

d) Anderweite Grundsätze. Im übrigen unterliegt die teutsche Klage aus älterem Besitze denselben Grundsätzen, wie die Vindication[847]). Hierher gehören: 1) Früchte; namentlich muß man zwischen bonae und malae fidei possessor unterscheiden. In Ansehung der Publiciana ist daran niemals gezweifelt worden; hinsichtlich der

---

847) Man kann sich mit Delbrück deshalb mit Recht auf den Ausspruch rücksichtlich der Publiciana in L. 7. §. 8. D. 6. 2. berufen: Omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

teutschen Klage sind zuweilen theoretische Zweifel aufgetaucht, weil man sie für eine Besitzklage hielt; doch war die Praxis übereinstimmend[848]). Die sächsischen Particulargesetze, welche die Klage aus älterem Besitze unter dem Namen des poss. ordinarium erhalten haben, enthalten in dieser Beziehung eine Anerkennung dieser Praxis, indem sie bestimmen, daß derjenige, welcher in possessorio summariissimo geschützt worden ist, für den Fall des Unterliegens in possessorio ordinario oder petitorio nichts destoweniger, wenn er sonst nichts weiteres für sich hätte, für einen malae fidei possessor geachtet werden und alle fructus perceptos et percipiendos erstatten soll[849]). 2) Accessionen; alles, was durch Naturereignisse, Säen, Pflanzen, Bauen mit der Hauptsache in Verbindung getreten ist, theilt deren Schicksale[850]). 3) Verwendungen des Beklagten auf die Sache und die Gewinnung der Früchte[851]). In Ansehung der Futterkosten für Vieh ist zu bemerken, daß sie, obwohl zu den nothwendigen Verwendungen gehörend, dem malae fidei possessor nicht zu erstatten sind[852]). 4) Auch der bloße Detentor kann belangt werden, doch kann der in fremdem Namen Detinirende sich der nominatio auctoris bedienen[853]). 5) Die Grundsätze vom fictus possessor[854]). 6) Der passive Uebergang auf die Erben. 7) Die Strafe der Ableugnung des Besitzes[855]). 8) Der Kläger darf nicht selbst besitzen. 9) Das Verfahren weicht von dem bei der Vindication nicht ab. Man hat zwar früher, weil man die dingliche Klage des teutschen Rechtes aus älterem Besitze für eine Besitzklage hielt, häufig sich für die Anwendung des summarischen Processes erklärt; neuerdings aber ist man davon zurückgekommen[856]). In den Ländern des sächsischen Processes ist die Praxis entschieden für den ordentlichen Proceß als Regel, und dies ist um so wichtiger, als in dieser uns die dingliche teutsche Klage aus älterem Besitze unter dem Namen des poss. ordinarium am reinsten erhalten worden ist.

2) Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen. a) Klaggrund. Kann der Kläger Verlust des Besitzes der Sache

---

848) Gl. fructus zu cap. 11. X. de rest. spol. (II. 13.) Decius, Consil. 57. nr. 6. Menochi, de recup. poss. XV. nr. 573—640. Mevius, Decis. VIII. dec. 387. Boehmer, Ius eccl. Prot. II. 13 §. 12. Hofmann, teutsche Reichspraxis §. 1523. Danz, summ. Proc. §. 13. Claproth, summ. Proc. §. 96. Fleck, Comm. de interdicto Unde vi et remedio spolii (1797.) p. 121 sq.

849) Kgl. sächs. erläuterte Proceßordn. Anhang §. 20. Altenb. PO. P. II. Cap. 3, §. 8. Goth. PO. P. II. Cap. 4, §. 8. Vgl. Berger, Electa proc. poss. §. XXXIX.

850) Für die rei vindicatio. L. 20. 34. 53. D. 6. 1. L. 2. C. III. 32. Für die Publiciana L. 11. §. 2—10. D. 6. 2.

851) Menochi, de recup. poss. XV. nr. 499—572.

852) Peinl. Gerichtsordn. Karl's V. Art. 207, 213.

853) Menochi, de recup. poss. XV. nr. 484 sq.

854) Fleck l. c. p. 111.

855) L. 80. D. 6. 1.

856) Siehe den Artikel Possessorium Bd. VIII, S. 221, 225.

wider seinen Willen behaupten, so kann er hierauf die Klage gründen. Diese Form der Klage ist für den Kläger insofern vortheilhafter, als die bisher erwähnte, blos auf älterem Besitze beruhende Klagform, als dem Beklagten die Vertheidigung namentlich hinsichtlich der gestohlenen und geraubten Sachen erschwert ist. Es ist aber auch ihre Begründung schwieriger, weil der Kläger außerdem, daß ihm der Beweis alles dessen obliegt, was er bei der Klage aus älterem Besitze zu beweisen hätte, auch noch die behauptete Art des Verlustes darthun muß[857]. Das Princip, durch welches die Fälle begrenzt werden, welche unter den Begriff des Verlustes wider Willen fallen, ist folgendes: jeder Verlust des Besitzes solo corpore ist nie Verlust wider Willen; ausgeschlossen ist daher jeder Verlust animo oder corpore et animo. In der Anwendung zeigen sich einige streitige Punkte. Unbezweifelt gehören folgende Fälle hierher: 1) Raub und Diebstahl, weil der Besitz verloren geht, und zwar corpore, wenn ein Anderer sich mit Gewalt oder heimlich der Sache bemächtigt[858]; 2) Verlieren, weil wer eine Sache verliert, den Besitz verliert, und zwar corpore[859]; 3) Weglaufen von Thieren, wovon dasselbe gilt[860]; 4) Sachen werden vom Wasser weggeschwemmt[861]. Dagegen sind folgende Fälle zweifelhaft: 5) Sachen werden dem Besitzer von einer obrigkeitlichen Behörde weggenommen und einem Anderen übergeben, z. B. bei Executionen und Immissionen durch den Richter. War die Verfügung der Behörde rechtmäßig, so muß man sagen, der Besitzer habe animo zu besitzen aufgehört, indem sein dem Gesetze widerstrebender Wille durch die Behörde, welche ihn vertritt, ersetzt wird; war aber die Verfügung unrechtmäßig, dann liegt Verlust solo corpore vor und der Kläger muß die Unrechtmäßigkeit der Verfügung erweisen[862]. 6) Verlust des Besitzes im Falle einer Stellvertretung. Der Verlust an den Vertreter hat nichts Besonderes; der Vertreter wird wie ein Dritter behandelt; der Besitz geht corpore verloren, insofern er überhaupt verloren geht. Dasselbe gilt aber auch von dem Verluste durch den Stellvertreter. Alles, was hinsichtlich des Besitzes ohne den Willen des Besitzers geschieht, ist für ihn äußere Begebenheit. Soweit also der Besitz durch den Stellvertreter ohne den Willen des Besitzers verloren geht, geht er corpore verloren. Dies ist nicht blos der Fall bei

---

857) Aus den im historischen Theile erwähnten Rechtsquellen sind hervorzuheben: die Glosse zum kanonischen Rechte und diejenigen Juristen, welche bei der Spolienklage den Beweis der Spoliation fordern; Art. 207—214 der Carolina und tit. Dig. quod metus causa (4. 2.), tit. Cod. de his quae vi (II. 19. (20.))

858) L. 15. D. 41. 2.

859) L. 3. §. 13. L. 25. D. 41. 2. Sächs. Landr. B. 2, Art. 37, §. 1. Rechtsb. nach Distinct. B. IV, Cap. 9, d. 5. Richtst. Landr. Cap. 12.

860) L. 3. §. 13. D. 41. 2.

861) Rechtsb. nach Distinct. B. IV, 42, d. 3. Sächs. Landr. B. 2, Art. 29.

862) L. 3. §. 1. L. 9. §. 1. D. 4. 2. Mascard, de probat. c. 1328. nr. 15. Mevius, Decis. III. dec. 385. 386. Fleck l. c. p. 119. Bruns a. a. O. S. 72, 208, 395, Anm. 4.

freier Stellvertretung, sondern auch bei Verhältnissen der Gewalt und der amtlichen Fürsorge. Bei ungiltigen Veräußerungen von Seiten des Vaters, Vormundes oder Ehemannes kann der Eigenthümer vindiciren. Zu diesem Behufe kann er auch die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen anstellen, weil der Besitz ihm corpore verloren gegangen ist[863]. 7) Wenn sich ein Willensunfähiger des Besitzes entäußert, so ist dies ein corpore vor sich gehender Verlust, weil diejenigen, welche zu wollen unfähig sind, auch nicht animo den Besitz verlieren können[864]. 8) Eigenthümlich verhält sich die Sache bei Aufgebung des Besitzes aus Irrthum oder Furcht. Ein durch Irrthum veranlaßter Verlust des Besitzes ist wohl immer ein Verlust animo[865], daher hier auch die Klage ausgeschlossen ist. Bei der Furcht macht das positive Recht aus nahe liegenden Beweggründen eine Ausnahme von der Regel. Die actio quod metus causa ist statthaft bei einer durch Furcht veranlaßten Aufgebung des Besitzes. Hierher gehört der Fall erzwungener Tradition[866], dann das Verlassen eines Grundstückes aus Furcht von Seiten des Besitzers, nachdem Bewaffnete eingedrungen sind[867], ferner das Unterlassen der Rückkehr von Seiten eines Abwesenden aus Furcht nach erhaltener Kenntniß von der unterdessen erfolgten Occupation[868], endlich wenn ein Gegenwärtiger, welcher eine Occupation befürchtet, das Grundstück vorher verläßt[869]. Die Klage ist für begründet zu achten, wenn nur überhaupt die Furcht so beschaffen war, wie es das Edict verlangt. Dies war auch stets die überwiegende, schon in der Glosse zum can. Redintegranda vertretene Meinung. — Selbstverständlich reicht es zur Begründung der Klage nicht hin, Verlust wider Willen im allgemeinen zu behaupten, sondern es muß die Art des Verlustes speciell angeführt und auch bewiesen werden. Es genügt indessen der objective Thatbestand; die Person des Thäters ist im Falle

---

863) Menochi, de recup. poss. XV. 105 sq. Hert, II. dec. 238. Fleck l. c. p. 107. 114.

864) Ueber die Zulässigkeit der Klage ist viel Streit gewesen. S. Menochi, de recup. poss. XV. nr. 105 sq.

865) Savigny, Recht des Besitzes S. 406, 410.

866) L. 9. §. 5. 7. L. 14. §. 3. D. 4. 2. L. 3. C. de his, quae vi (II. 19. (20.))

867) L. 9. pr. D. 4. 2.

868) L. 7. pr. D. 41. 2.

869) L. 33. §. 2. D. 41. 3. L. 1. §. 29. D. 43. 16. und dazu Savigny a. a. O. S. 403 flg. Zweifel in Betreff des letzteren Falles kann L. 9. pr. D. 4. 2. erregen, wornach es scheinen könnte, als ob die actio quod metus causa ebenso wie das interd. unde vi an die Bedingung geknüpft werde, daß das Verlassen nach der Occupation stattgefunden habe. Allein schon die Glosse legt mit Recht alles Gewicht auf den im Anfange der Stelle aufgeworfenen Gegensatz des metus praesens und der suspicio inferendi eius. Es kommt nicht auf den Zeitpunkt des Verlassens an, sondern darauf, ob die Furcht eine begründete war. Die actio wird nur versagt, wenn Jemand vor vorhandener Gefahr das Grundstück verlassen hat.

eines Delicts unerheblich[870]). Der gewöhnlichste Fall ist der des Diebstahles, und gerade der Beweis desselben ist sehr schwierig. Aus diesem Umstande sowie aus der Nachwirkung der germanischen Eidestheorie ist es zu erklären, daß man hier geneigt war, den Kläger zum Eide zu lassen. Das Lübecker und Rostocker Recht lassen den Kläger, wenn er keine Zeugen hat, Alles beschwören, die Carolina (Art. 208) läßt ihn zur Beeidigung des Diebstahles oder Raubes zu, wenn das Eigenthum, d. h. hier der frühere Besitz bewiesen ist; Kreß und Mevius lassen umgekehrt das Eigenthum nach bewiesenem Diebstahle beschwören[871]). Die Eidestheorie der Carolina kann als processualische Bestimmung bei der gänzlich veränderten Beweistheorie des modernen Processes nicht mehr gelten; die Beeidigung des Eigenthums ist aber unnütz, da der Kläger das Eigenthum nicht zu beweisen nöthig hat und der Beweis des früheren Besitzes durch den Beweis des Diebstahles geführt ist. Die gewöhnlichen Ausgaben der Carolina und Mevius enthalten Berufungen auf die Italiener, wo aber nur die Lehre vom iusiurandum Zenonianum abgehandelt wird, welche hier nicht anwendbar ist, weil dieses eine persönliche Klage voraussetzt[872]). Es bewendet mithin bei den allgemeinen processualischen Regeln; eine bloße Bescheinigung genügt nicht. Der directe Gegenbeweis ist derselbe, wie gegen die Klage aus älterem Besitze, geht aber noch weiter, indem das Gegentheil der vom Kläger behaupteten Art des Verlustes bewiesen werden kann. Hierher gehört die Behauptung, daß Kläger den Besitz suo facto et sua culpa verloren habe, welche bei der Klage aus älterem Besitze nur als Einrede, bezüglich als Satz des indirecten Gegenbeweises vorkommen kann, hier aber in der Form des directen Gegenbeweises auftritt. Dieser geht dahin, daß der Beklagte beweisen muß, der Kläger habe nicht corpore, sondern animo den Besitz verloren. Hierher gehören: Tradition, Dereliction, namentlich durch lange Abwesenheit[873]) und constitutum possessorium, nicht aber Hingabe der Sache an einen Stellvertreter zum Zwecke der Ausübung des Besitzes. Der Grundsatz selbst ist stets anerkannt, schon weil es im can. Redintegranda heißt: per quascunque iniustas causas; über den Umfang des Grundsatzes selbst aber war Streit, weil man die richtige juristische Formel nicht fand und weil animo amittere nicht dasselbe ist mit iuste amittere possessionem[874]). Der Verlust des Besitzes animo von Seiten des Klägers wird unter Umständen daraus

---

870) L. 14. §. 3. D. 4. 2.: non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuerit. Vgl. L. 15. §. 3. D. 4. 3.

871) Kress, Comm. in C. C. C. zu Art. 208, Nr. 2. Mevius, in ius Lubec. IV. art. 6. nr. 17.

872) L. 9. C. VIII. 4. cap. 7. I. 40. Bartolus zu L. 19. D. de furtis (47. 2.) Mascard, de probat. c. 833. nr. 1. 5.

873) §. 7. Inst. II. 6. L. 37. §. 1. D. 41. 3. L. 4. C. VII. 32. Savigny, Recht des Besitzes S. 424.

874) Barthol. Socinus zu L. 15. D. de acquir. poss. nr. 8. Menochi, de recup. poss. XV. nr. 95 sq. Mevius, Decis. III. dec. 77. Carpzov, Iurispr.

geschlossen werden können, daß er keine Schritte zur Geltendmachung seines Rechtes that, obgleich er längere Zeit hindurch den Besitz des Beklagten kannte.

b) Einreden. Dem Beklagten stehen mit Einer Ausnahme alle Einreden zu, welche von ihm nach dem früher Bemerkten gegen die Klage aus älterem Besitze vorgeschützt werden können: nämlich die Einrede des älteren Besitzes, und zwar deshalb, weil in diesem Falle dem Beklagten gegenüber das Motiv des vom Kläger beanspruchten stärkeren Rechtsschutzes wegfällt, die Einrede des Eigenthums, der Veräußerung[875]), welche die Natur eines directen Gegenbeweises annehmen kann, und die der Verjährung. Gründet sich die Einrede des Eigenthums auf Ersitzung, so gilt das Besondere, daß sie bei gestohlenen und geraubten Sachen im Sinne des heutigen Criminalrechtes ausgeschlossen ist[876]). Unzulässig aber ist die Einrede des Titels[877]). Dieser Gedanke ist den Römern nicht fremd. Für den Fall erlittener Gewalt oder Drohung ist der Satz in L. 14. §. 5. D. 4. 2. anerkannt. Für res furtivae gilt er auch, aber mit einer Einschränkung: der Kläger muß außer dem furtum auch seinen Titel beweisen. Dagegen hat der Kläger diesen Vorzug nicht, wenn er den Besitz zwar wider seinen Willen eingebüßt hat, die Sache aber nicht als res furtiva nach den Umständen des Vorganges betrachtet werden kann, z. B. eine Sache ist verloren gegangen, Vieh ist weggelaufen u. s. w.; der Finder oder ähnliche Inhaber aber hält die Sache für derelinquirt oder für die seinige und veräußert sie. In Fällen solcher und ähnlicher Art kann der vorige Besitzer gegen den redlichen Erwerber nach römischem Rechte nicht einmal mit der Publiciana durchdringen. Die dingliche Klage des teutschen Rechtes verlangt keinen Titel und schließt die Einrede des Titels aus. Dagegen ist für diese Klage eine Einrede denkbar, welche in der Klage aus älterem Besitze nicht vorkommen kann. Wenn man sich den Fall denkt, daß der Kläger den Besitz wider Willen verloren, später aber wieder erlangt hat, jetzt aber der Beklagte besitzt, so kann sich ohne Zweifel der Kläger auf den ersten unfreiwilligen Besitzverlust nicht stützen; es gelten die Regeln des römischen Rechtes von der purgatio vitii (vgl. den Art. Verjährung); jedenfalls genügt die Rückkehr in die Gewalt desjenigen, welcher zur Zeit des Besitzverlustes juristischer Besitzer der Sache war. Hierher gehören die Particularrechte, welche, wie das revidirte Lüb. Recht IV, 1, Art. 3, 6, den Beweis fordern, daß der Kläger der Sache bis auf diese Zeit nicht wieder habe ansichtig oder habhaft werden können.

c) Anderweite Grundsätze. Hinsichtlich aller als abweichend

---

for. P. II. Const. 8. def. 2. Kreittmayr, Anm. zum Cod. bavar. II. S. 194. Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 355.

875) Art. 208 der Carolina.

876) Art. 209 der Carolina. Siehe den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 395.

877) Siehe besonders Art. 208 der Carolina und L. 14. §. 5. D. 4. 2.

bisher nicht hervorgehobener Punkte unterliegt die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen denselben Grundsätzen, wie die Klage aus älterem Besitze. Folgende Punkte sind noch näher zu erläutern: 1) Bei der Vindication hat der Beklagte, wenn er bonae fidei possessor ist, versäumte Früchte nicht zu erstatten [878]). Bei der actio quod metus causa wird die Frage ebenfalls berührt und ganz allgemein vom Beklagten hinsichtlich der zu restituirenden Früchte gesagt: nec solum eos, qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui, et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit [879]). Schon die Glosse hat hieraus geschlossen, daß hier auch der bonae fidei possessor die fructus percipiendi zu erstatten habe [880]), und spätere Juristen haben dies auch behauptet [881]). Allein es kann nicht angenommen werden, daß Ulpian bei diesem Ausspruche an den Fall der Klage gegen den bonae fidei possessor gedacht hat; vielmehr sprechen die Worte: et per metum impeditus sum, für die entgegengesetzte Annahme. Jedenfalls ist in den Institutionen das Princip, daß der bonae fidei possessor für versäumte Früchte niemals zu haften habe, so allgemein ausgesprochen [882]), daß man auch hinsichtlich der actio quod metus die allgemeine Regel annehmen muß. Dieselbe Regel gilt dann auch für die Klage des teutschen Rechtes. 2) Der Untergang der Sache befreit den Beklagten von der Vindication, wenn er bonae fidei possessor war, weshalb man sich auf das früher bei der Vindication Bemerkte bezieht. Auch bei der actio quod metus causa gilt dasselbe [883]). Jetzt gilt es allgemein für die dingliche Klage des teutschen Rechtes [884]).

3) Klage aus älterem titulirten Besitze. Nach dem schon früher Bemerkten darf der Kläger die Klage gleich von vornherein dadurch begründen, daß er nicht blos besessen, sondern auch mit Titel besessen habe. Die Theorie dieser Klagform braucht nicht besonders dargestellt zu werden, da die hier einschlagenden Grundsätze bereits unter 1. bei der Klage aus älterem Besitze vorgetragen sind. Was das Verhältniß der Publiciana betrifft, so behauptet Delbrück [885]), daß die Publiciana völlig in der teutschen Klage aufgegangen, daher eine besondere Theorie der ersteren unpraktisch sei. So neu und anscheinend sonderbar diese Behauptung ist, da doch bis auf den heutigen Tag die Publiciana in allen Lehrbüchern fortwährend als noch giltige Klage abgehandelt wird, so wohl begründet scheint sie doch zu sein. Es kann nicht geleugnet werden, daß wir Vieles nur nominell aus dem römischen

878) §. 2. Inst. IV. 17. L. 78. D. 6. 1. L. 17. C. III. 32.
879) L. 12. pr. D. 4. 2.
880) Gl. potui ad L. 12. pr. D. cit.: Nota, quod possessor cum titulo tenetur de percip.
881) Voet, Comm. ad Pand. IV. 2. nr. 7.
882) §. 2. Inst. IV. 17.
883) L. 14. §. 5. 11. L. 18. D. 4. 2.
884) Fleck l. c. p. 125. Delbrück a. a. O. S. 321.
885) Delbrück a. a. O. S. 321.

Rechte übernommen haben und daß eine Menge Lehren in den Lehrbüchern des Civilrechtes als noch giltig fortgeführt werden, welche nicht mehr anwendbar sind. Ferner ist in dieser Beziehung auf den bereits früher hervorgehobenen Umstand aufmerksam zu machen, daß die Publiciana bei den älteren teutschen Praktikern fast gar nicht erwähnt wird[886]), was sich daraus erklärt, daß das einheimische Petitorium vollständig genügte. Ueberhaupt ist aber die Frage von keiner großen Bedeutung. Die auf titulirtem Besitze beruhende dingliche Klage des teutschen Rechtes ist identisch mit der Publiciana; es handelt sich mithin gar nicht um die Existenz der letzteren, sondern nur um die Grundlage der wissenschaftlichen Behandlung. Da ist denn aber freilich mit Delbrück entschieden zu behaupten, daß hier das moderne Princip maßgebend ist, wie solches sich nach dem Zusammenstoße des römischen und des germanischen Rechtes geschichtlich entwickelt hat. In diesem Sinne hat denn auch Delbrück die bekannten Streitfragen aus der Lehre von der Publiciana behandelt, d. h. er hat sie nicht aus dem Buchstaben der Quellen des römischen Rechtes, sondern aus dem Geiste des modernen Rechtes entschieden und wir sind ihm im Vorstehenden gefolgt. Es sind noch der bequemeren Uebersicht wegen die aus der unter 1) bei der Klage aus älterem Besitze gegebenen Darstellung für die Klage aus älterem titulirten Besitze folgenden Lehrsätze zusammenzustellen. 1) Die Klage setzt voraus: a) früheren Besitz, b) Titel, c) bona fides, und zwar fortdauernde, wobei jedoch den Kläger keine Beweislast trifft, d) gegenwärtigen Besitz des Beklagten. 2) Eigener früherer Besitz des Klägers ist entbehrlich, wenn er sich auf den Besitz des Erblassers beziehen kann. Dann muß sich der Besitz des letzteren auf eine iusta causa gründen. Dasselbe gilt bei dem Universalfideicommiß, bei dem Legat und bei der Schenkung Todes halber. 3) Haben der Erbe, Legatar u. s. w. schon selbst besessen, so gilt Erbschaft und Vermächtniß als Titel, außer wenn der Beklagte fehlerhaften Besitz des Erblassers nachweisen kann. Letztere Einschränkung gilt bei dem Legat nicht. 4) Der Klage stehen entgegen: a) die Einrede des Eigenthums, b) die Einrede des älteren titulirten Besitzes, c) die Einrede des älteren Besitzes und des Verlustes desselben wider Willen, d) die Einrede der Veräußerung, e) die Einrede der Verjährung. 5) Die beiden ersten Einreden können durch die Replik der Veräußerung beseitigt werden.

4) Gegenstand der Klage. Gegenstand der Klage in ihren verschiedenen Abarten kann jede Sache sein, welche der Vindication unterworfen ist, insbesondre ist zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen kein Unterschied. In dieser Beziehung sind jedoch die Ansichten sehr schwankend gewesen, augenscheinlich infolge der germanischen Auffassung, welche die beweglichen Sachen weniger achtete und das Eigen-

886) So findet sich unter den Rechtsfällen des Gaill und Mevius keiner über die Publiciana.

thum an ihnen nur dann schützte, wenn Verlust des Besitzes durch eine äußere Begebenheit, also wider Willen, behauptet werden konnte. Schon in der Glosse zeigt sich die Verschiedenheit der Meinungen; an einer Stelle schließt sie die Klage bei beweglichen Sachen ganz allgemein aus, et est ratio, quia rerum mobilium vilis et abiecta (sc. possessio)[887]), während an anderen Stellen die Klage zugelassen wird[888]). Auch das römische Recht behandelte Mobilien und Immobilien insofern verschieden, als es das interd. unde vi — entschieden wenigstens das Recht der Digesten — und die eigenthümliche Bevorzugung des abwesenden Besitzers nur bei Immobilien verstattet. So erhielt sich denn die den Mobilien ungünstige Meinung lange[889]). Indessen fragte es sich doch eigentlich nur darum, ob die Klage aus älterem Besitze zulässig sei, indem die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen auch im teutschen Rechte nicht ausgeschlossen war. Im Laufe der Zeit erhielt, namentlich in Teutschland, die Meinung die Oberhand, daß bewegliche Sachen den unbeweglichen völlig gleichstehen. Hier ist entscheidend, daß einestheils die im römischen Rechte begründeten Bevorzugungen der Immobilien sich nur auf die Besitzklagen beziehen und auf eine dingliche Klage nicht angewendet werden können, sowie daß anderntheils die Zurücksetzung der Mobilien im teutschen Rechte bei der eigentlichen Vindication nicht gemeinrechtlich geworden ist, mithin es an einem Grunde fehlt, solche bei der dinglichen Klage des teutschen Rechtes anzunehmen. — Eine andere Beschränkung könnte aus der Theorie der Publiciana abgeleitet werden. Dort gilt der Satz, daß die Sache usucapionsfähig sein müsse[890]). Für das heutige Recht muß aber Wegfall dieser Beschränkung behauptet werden. Usucapionsfähigkeit der Sache ist nicht Bedingung der teutschen dinglichen Klage. Bei den Römern war sie eine nothwendige Consequenz der Fiction; jetzt aber ist, da die teutschrechtliche dingliche Klage nicht auf einer Fiction beruht, kein Grund für eine so unnatürliche und unpraktische Beschränkung vorhanden. Es ist gar kein Grund abzusehen, warum der redliche Erwerber einer Sache, wenn er sie verliert, vom Finder damit soll zurückgewiesen werden können, daß die Sache einmal einem Dritten gestohlen sei. Die Polemik von Kritz, Tigerström, Sintenis und Anderen gegen eine solche Satzung ist eine voll berechtigte; sie mußte aber ohne Erfolg bleiben, so lange man den Boden des römischen Rechtes nicht verließ. Hier zeigt ein praktisches Beispiel, daß man die dingliche Klage des teutschen Rechtes nicht auf die Fiction der vollendeten außerordentlichen Ersitzung stützen darf. Denn da bei gestohlenen und geraubten Sachen selbst die außerordentliche Ersitzung für ausgeschlossen zu achten ist[891]),

887) Zu L. 15. D. de acquir. poss. (41. 2.)
888) Vgl. Delbrück a. a. O. §. 27, Anm. 3, §. 28, 35.
889) Citate bei Delbrück §. 67, N. 4, S. 324.
890) L. 9. §. 5. L. 11. §. 4. L. 12. §. 4. D. 6. 2.
891) Art. 209 der Carolina.

so könnten denn auch diese Sachen der teutschrechtlichen dinglichen Klage nicht unterliegen. — Aber nicht blos körperliche Sachen, sondern auch Rechte können Gegenstand der Klage sein. Hierher gehören: 1) die Servituten; schon im römischen Rechte ist die Publiciana zulässig; jetzt findet die teutschrechtliche dingliche Klage statt. 2) Emphyteusis und Superficies, welche ebenso zu beurtheilen sind. 3) Das Pfandrecht; jedoch gehört hierher nur das Faustpfand. 4) Das Lehnrecht. 5) Andere Rechte von dinglichem Charakter, wie die Gerichtsbarkeit[892]), bischöfliche Gewalt, Reallasten u. s. w. Die dingliche Klage geht eben so weit wie der Rechtsbesitz überhaupt.

5) Verhältniß der verschiedenen dinglichen Klagen zu einander. Zum Schutze des Eigenthums dienen: 1) die Klage aus einfachem älteren Besitze; 2) die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen; 3) die Klage aus titulirtem älteren Besitze (Publiciana); 4) die eigentliche Eigenthumsklage (Vindication). Der Kläger hat die Wahl, welcher Klage er sich bedienen will; er kann aber auch einzelne derselben oder sämmtliche mit einander cumuliren, da sie alle denselben Zweck haben; ja es ist diese Cumulation nach angestellter Klage erst in einem späteren Stadium des Processes möglich (successive Cumulation); diese jedoch nur so, daß man von einer einfacheren Gattung zu einer höheren fortschreitet, nicht aber umgekehrt. Es läßt sich daher ein Uebergang denken aus der sich auf älteren Besitz gründenden Klage in die Klage aus titulirtem Besitze, nicht aber umgekehrt u. s. w. So kann eine Klage aus einfachem älteren Besitze durch Einrede, Replik und Duplik sich bis zur wahren Eigenthumsklage steigern. Uebrigens kann jede Cumulation, auch die successive, eine alternative sein, so daß der erkennende Richter vollkommen freie Hand behält. Die Zulässigkeit dieser Cumulation der dinglichen Klagen ist der wahre und beizubehaltende Kern der oben unter II. B. AA. nr. 6. geschilderten Lehre der Cumulation des Petitoriums mit dem Possessorium. Obgleich man rücksichtlich der Vindication und Publiciana die Zulässigkeit der Cumulation früher bisweilen bezweifelt hat, so war doch dieser Zweifel nur ein rein theoretischer, sich auf die Worte der L. 1. §. 1. D. 6. 2.: nondum usucaptum stützender, welcher jetzt ganz verschwunden ist[893]). Was die Geltung des Urtheils unter den Parteien betrifft, so kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Ist also der Kläger mit der Vindication abgewiesen, so kann er dennoch später mit einer der drei anderen Klagen auftreten; denn dienen auch alle diese Klagen zum Schutze des Eigenthums, so ist doch der rechtliche Klaggrund in jeder Klage verschieden; auch darf ja der besser berechtigte Nichteigenthümer ebenfalls klagen. Im Falle der Verurtheilung des Beklagten kommt es auf die Elemente des Urtheils an. Erkennt das Urtheil das Eigen-

892) Ein solcher ist im cap. 9. X. II. 19. enthalten.
893) Vgl. Sintenis, Civilrecht §. 53, Anm. 16, Bd. 1, S. 528.

thum des Klägers an, so kann der Beklagte unter keiner Form auf Schutz seines angeblichen Eigenthums mehr Anspruch machen[894]). Ist nur der ältere titulirte Besitz des Klägers (Publiciana) durch das Urtheil anerkannt, so kann der Beklagte, wenn er nicht etwa die Einrede des Eigenthums vergeblich vorgeschützt hat, später, nachdem er dem Urtheil Folge geleistet hat, mit der Vindication auftreten, ohne die exceptio rei iudicatae von Seiten des früheren Klägers fürchten zu müssen. Ist endlich durch das Urtheil nur ausgesprochen, daß der Beklagte dem Kläger die Sache wegen des älteren Besitzes des letzteren herausgeben soll, so kann der bisherige Beklagte mit einer Vindication oder mit einer Klage aus titulirtem Besitze auftreten, wenn er nicht etwa die Einrede des Titels oder des Eigenthums im vorigen Processe bereits vergeblich vorgeschützt hatte. Der Grundsatz ist also folgender: was zum Rechtsgrunde einer Einrede, Replik oder Duplik geeignet gewesen wäre, darf, sofern es überhaupt Klaggrund sein kann, später selbstständig geltend gemacht werden. Hieraus folgt auch die bevorzugte Stellung der Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen. Hat der Kläger mit dieser gesiegt, so kann der Beklagte unter den obigen Voraussetzungen nur noch die eigentliche Vindication anstellen, weil die Einrede des Titels nicht stattfindet. — Die vorstehenden Sätze sind Folgerungen theils aus den Bestimmungen des römischen Rechtes über das Verhältniß der Publicianischen Klage zur Vindication, theils aus dem Grundsatze, daß nach Erledigung des poss. ordinarium das Petitorium vorbehalten bleibt, außer wenn es ein Possessorium ist, quod annexam causam proprietatis habet, theils endlich aus den für den Fall der Cumulation des Possessoriums und Petitoriums angenommenen Lehrsätzen.

BB. Anderweite Ergebnisse der geschichtlichen Erörterungen. 1) In Betreff der Besitzklagen. Die dingliche Klage des teutschen Rechtes und das Princip, worauf dieselbe beruht, berührt auch verwandte Gebiete. Der Einfluß der Wiederbelebung der teutschrechtlichen dinglichen Klage ist von um so größerem Einflusse auf jene Gebiete, als man die Klage bisher nicht für eine dingliche, sondern für eine Besitzklage hielt. Grundsätze, welche nur der dinglichen Klage gelten, hielt man infolge dessen für solche, welche auf die Besitzklagen anzuwenden seien, und Grundsätze, welchen die Besitzklagen unterlagen, wurden auf die dingliche Klage übertragen. So wurden beide Gebiete durch ihre Berührung verdorben. Es kommt nun darauf an, das, was in das eine oder andere Gebiet nicht gehört, zu erkennen und zu entfernen. In Bezug auf die Besitzklagen ist also genau zu untersuchen, welche der angeblichen Neuerungen, weil sie der dinglichen Klage angehören, aus diesem Gebiete zu entfernen sind. Den gesammten Stoff zu dieser Untersuchung gewähren die von Delbrück angestellten, oben mitgetheilten geschichtlichen Erörterungen und es sind

894) L. 40. §. 2. D. 3. 3. L. 15. 30. §. 1. D. 44. 2.

hier nur die Ergebnisse zusammenzustellen. 1) Der Vorzug des älteren Besitzes und alles damit Zusammenhängende ist petitorischer Natur und aus der Besitzlehre gänzlich auszuscheiden. Wenn dies auch von den Romanisten jetzt meistens gelehrt wird, so wird doch dabei die wahre Bedeutung des cap. 9. X. de probat. (II. 19.) ganz verkannt, indem diese Stelle auf das Interdict bezogen und deren Bedeutung durch eine künstliche und ungeschichtliche Auslegung auf ein unschuldiges geringstes Maß beschränkt wird. Nach dem richtigen Gesichtspunkte muß diese Stelle der dinglichen Klage des teutschen Rechtes überwiesen werden, wo sie von sehr großer Bedeutung ist; mit dem Interdicte dagegen hat sie nichts zu thun (vgl. II. B. AA. 3. lit. b.). 2) Nach allgemeiner Annahme geht das interd. unde vi in Gemäßheit des cap. 18. X. de restit. spol. (II. 13.) auch gegen den dritten Besitzer, welcher von der dem früheren Besitzer zugefügten Gewalt Kenntniß hat. Auch diese angebliche Neuerung muß zurückgewiesen werden. Die gedachte Stelle gehört ebenfalls der teutschrechtlichen dinglichen Klage an, hat aber auch dort nur noch historische Bedeutung (vgl. II. B. AA. 4. lit. b.). 3) Man nimmt an, daß derjenige, gegen welchen das ius commune hinsichtlich des Besitzes gewisser Sachen oder Rechte spricht, eine Besitzklage nur auf Grund titulirten Besitzes anstellen könne, und es wird diese Ansicht auf cap. 2. de restit. spol. in VI. (II. 5.) gestützt. Es bestimmt nämlich das kanonische Recht, daß in Bezug auf res ecclesiasticae ein Titel auch für die außerordentliche Ersitzung wenigstens als Regel erforderlich ist [895]). Im Anschluß hieran bildete sich der Satz aus, daß hinsichtlich dieser Sachen auch jede recuperatorische Klage auf einen Titel gestützt sein müsse, weil der Kläger das ius commune oder die Vermuthung gegen sich habe. Dieser Satz wird aber auf cap. 2. X. de restit. spol. in VI. (II. 5.) gestützt und sowohl von der Glosse als von späteren Juristen anerkannt [896]). Allein auch diese Stelle des kanonischen Rechtes ist auf die dingliche Klage des teutschen Rechtes zu beschränken, wie sich aus dem oben dargelegten geschichtlichen Zusammenhange ergiebt. Das etwa daraus, daß die dort beschriebene Klage gegen den Dejicienten selbst gerichtet ist und mithin als Besitzklage erscheine, zu entnehmende Bedenken erledigt sich theils dadurch, daß ja die Anstellung der dinglichen Klage gegen den Dejicienten nicht ausgeschlossen ist, theils durch die Erwägung, daß die ältere Doctrin in jeder Verhinderung der Ausübung des Rechtes des Klägers, ja selbst in dem bloßen Widerspruche gegen die Klage ein Spolium fand und daher den dritten Besitzer häufig Spoliator nannte.

2) In Ansehung der Cumulation des Possessoriums mit dem Petitorium. Diese Cumulation ist, wie oben unter II. B. AA. nr. 6. erwähnt ist, das Erzeugniß einer Zeit, welche, ganz

895) Cap. 1. de praescript. in VI. (II. 13.)
896) Belege dafür giebt Delbrück a. a. O. §. 67, Anm. 24, S. 328.

befangen in der germanischen Gewere, die römische Besitzlehre nicht verstand und die teutschrechtliche dingliche Klage für identisch mit der römischen Besitzklage hielt. Indem man den Gedanken der Cumulation aussprach, verstand man darunter die Verbindung der teutschrechtlichen dinglichen Klage mit der dinglichen Klage des römischen Rechtes. Als allmälig die reinen Besitzklagen sich loslösten, nahm die Praxis die Cumulation mit in dieses Gebiet hinüber, theils getäuscht durch den Ausdruck: Possessorium, theils weil die Trennung der Besitzklagen von der dinglichen Klage nicht durchgreifend vollzogen wurde. Diesem Irrthume muß man jetzt entsagen [897]). Nur eine dingliche Klage kann mit einer dinglichen Klage cumulirt werden; die Besitzklagen sind selbstständig zu verhandeln; denn nihil commune habet proprietas cum possessione. Früher hat man wohl nicht bezweifelt, daß das römische Recht die Cumulation verbiete. Neuerdings hat man behauptet, daß das römische Recht, wenn es gleich die Cumulation nicht kenne, sie doch nicht verbiete, wenigstens nicht in Ansehung des interdictum unde vi. Nach der Ausführung von Delbrück, auf welche wir uns der Kürze halber beziehen, enthalten aber allerdings die einschlagenden Stellen (L. 13. C. III. 32. L. 3. C. VIII. 1. L. 37. D. 5. 1. L. 35. D. 41. 2.) ein wirkliches Verbot auch in Ansehung der Befugniß des Klägers zur Cumulation, indem die Stellen so allgemein lauten, daß man die Voraussetzung, als handele es sich nur um die Verwerfung petitorischer Klagen oder Einreden, nicht hineinlegen kann. An dieses Verbot muß man sich halten, da die Bestimmungen des kanonischen Rechtes nur auf die Verbindung der dinglichen Klagen des teutschen und römischen Rechtes zu beziehen sind. In letzterer Beziehung läßt sich noch das Bedenken erheben, daß, wenn auch das Motiv der Päbste ein irriges gewesen, doch ihre Entscheidung nicht wegzuleugnen sei. Darauf ist zu erwidern, daß keine einzige der hierher gehörigen Stellen eine eigentliche Besitzklage im Sinne des römischen Rechtes behandelt; wenigstens kann dies nicht bewiesen werden. Die cap. 2. 6. X. II. 12. sprechen ganz allgemein von einem Possessorium und lassen unentschieden, welcher Art dies gewesen sei. Das cap. 3. eod. cassirt eine Wahl, weil Geistliche, welche früher mit gewählt haben, nicht zugezogen sind, versagt ihnen aber zugleich das Mitwahlrecht. Das cap. 4. theilt ausdrücklich mit, daß ein Dritter spoliirt hat. Cap. 5. sagt zwar: suum trahit spoliatorem in causam; allein gerade diese Stelle handelt, richtig verstanden, gar nicht von der Cumulation, sondern von dem Uebergange aus dem Petitorium in das Possessorium, welchen auch das römische

897) Wir haben in dem Artikel Possessorium Bd. VIII, S. 245 flg. die von den namhaftesten Processualisten aufgestellten Grundsätze über Cumulation des Possessoriums und Petitoriums vorgetragen, müssen uns jedoch, nachdem wir durch Delbrück a. a. O. S. 334 flg., überhaupt durch seine Forschungen eines Besseren belehrt worden sind, gegen die Cumulation erklären, so sehr für dieselbe auch bisher die allgemeine Meinung ist.

Recht kennt[898]). Das cap. 36. X. II. 20. endlich setzt zwar eine Spoliation voraus, sagt aber nicht, daß der Beklagte diese selbst bewirkt hätte. Wenn aber auch wirklich hier oder dort der Beklagte spoliator genannt sein sollte, so folgt daraus gar nichts, da der Begriff der Spolienklage im kanonischen Rechte ein so ausgedehnter ist, daß er das Gebiet der Besitzklage weit überschreitet und oft blos auf eine Fiction hinauskommt. Unleugbar ist die Beseitigung der Cumulation eine große Wohlthat. Siegt nämlich eine Partei hinsichtlich beider Punkte, so sind Mühe und Kosten für den Besitzstreit umsonst aufgewendet und die Kosten können sehr bedeutend sein. Wird das Petitorium nach cap. 2. und 36. cit. ausgesetzt und nur über das Possessorium erkannt, so gilt dies in umgekehrter Weise. Erringt die eine Partei den Sieg hinsichtlich des Rechtsstandes, die andere hinsichtlich des Besitzstandes, so wird in der Regel ein unlöslicher Conflict eintreten. Es giebt hierüber zwei merkwürdige päbstliche Entscheidungen. Einmal heißt es: in pronunciatione sit possessio praemittenda, in executione tamen debet proprietas praevalere (cap. 6. cit.). Noch sonderbarer ist das cap. 3. X. II. 12., welches das Mitwahlrecht abspricht, aber die Wahl vernichtet, weil die clerici wenigstens im Besitze des Mitwahlrechtes gewesen seien. Die Praxis griff die Worte der Gl. praevalere zu cap. 6. X. II. 12.: semper proprietas trahit ad se possessionem, ut sequatur dominium auf und bildete den Satz aus: petitorium absorbet possessorium, welcher wieder dazu führt, daß Mühe und Kosten für den Besitzstreit vergeblich verwendet sind, indem auf die Entscheidung in der Sache selbst der Sieg hinsichtlich des Besitzstandes ganz ohne Einfluß ist und nur etwa der Kostenpunkt dadurch berührt wird. Es haben daher bewährte Juristen, wie Giphonius und J. H. Böhmer sich in starken Ausdrücken gegen die Cumulation erklärt[899]) und neuere Gesetzgebungen haben die Cumulation gänzlich beseitigt[900]).

3) In Ansehung des Beweises des Eigenthums außer dem Falle der dinglichen Klage. In einer Reihe von Fällen kommt es auf den Beweis des Eigenthums an, ohne daß die dingliche Klage in ihrer ersten allgemeinen Gestalt vorläge. Schon die Römer begnügten sich mit der bonae fidei possessio, d. h. mit dem titulirten Besitze. Es ist dies zwar nicht für alle Fälle ausdrücklich gesagt; indessen wird einerseits der allgemeine Grundsatz ziemlich be-

---

898) L. 18. §. 1. D. 43. 16. L. 12. §. 1. D. 41. 2.

899) Giphanius, Proleg. ad libr. 8. C. in Explanat. leg. Cod. zu L. 3. p. 271. Boehmer, Ius eccles. Prot. II. 12. u. Exercit. 90. 1. §. 10. S. auch Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. 1, S. 147 flg.

900) Code de proc. civ. art. 25. Preuß. allgem. Gerichtsordnung Tit. 5, §. 27. Tit. 31, §. 4, 17. Hannov. PO. v. 1850 §. 505. Bad. PO. §. 757. Oesterreich. Verordnung v. 27. October 1849 über das Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten.

stimmt in den Quellen ausgesprochen[901]), andererseits aber finden sich so viele specielle Anwendungen, daß man das Fehlende mit Recht aus dem Geiste des römischen Rechtes ergänzt hat[902]). Delbrück[903]) geht noch weiter und behauptet, daß man heutzutage auch von dem Beweise des Titels abzusehen habe und juristischer Besitz cum animo domini gnüge. So abweichend von den bisher herrschenden Ansichten dieser Satz ist, so ist er doch nur eine nothwendige Consequenz davon, daß die dingliche Klage des teutschen Rechtes keine Besitzklage, sondern eine auf den Schutz des Eigenthums gerichtete Klage ist und hinreichend durch den bloßen älteren Besitz des Klägers begründet wird. Wir nehmen keinen Anstand, uns diesen Satz ebenfalls anzueignen, zumal ihn die ältere Praxis seit der Glosse ziemlich allgemein anerkannt hat und nur erst in neuerer Zeit die Meinung, daß zum wenigsten bonae fidei possessio erforderlich sei, das Uebergewicht gewonnen hat. Die hierher gehörigen Rechtsverhältnisse zerfallen in zwei Gruppen: 1) Klagen des Eigenthümers gegen Dritte. Hierher gehören folgende Klagen: a) Confessoria actio; hier ist das Eigenthum des herrschenden Grundstückes Klagbedingung[904]). Die Romanisten halten den Beweis der conditio usucapiendi für hinreichend, die Praxis seit den Zeiten der Glosse[905]) den einfachen Besitz[906]). b) Negatoria actio. Auch hier ist Eigenthum Erforderniß der Klage[907]); die Romanisten begnügen sich auch hier mit dem Nachweise der conditio usucapiendi; die Praxis mit dem einfachen Besitze[908]). c) Dasselbe Princip muß gelten bei einer Vindication von Theilen einer Sache und von Pertinenzen, insofern es auf den Beweis des Eigenthums der Hauptsache ankommt. d) Actio communi dividundo, familiae erciscundae und finium regundorum. e) Actio legis Aquiliae. f) Condictio furtiva. g) Das Recht zur Forderung der Bestellung der cautio damni infecti. h) Operis novi nunciatio. i) Actio hypothecaria, insoweit es auf den Beweis des Eigenthums des Schuldners zur Zeit der Verpfändung ankommt. 2) Klagen Dritter gegen den Eigenthümer. Hierher gehören die actiones quod iussu, de peculio,

---

901) L. 136. D. 50. 17.: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est.

902) Jhering, Abhandl. aus dem röm. Rechte (1844) Nr. 2.

903) Delbrück a. a. O. S. 337 flg.

904) L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. 8. 5.

905) Gl. Possessoris zu L. 8. §. 3. D. si serv. vindic. (8. 5.): Prodest ad multa haberi pro possessore .... si quaeratur, an sit dominus eius rei, cui dicit deberi servitutem, non tenebitur probare.

906) Menochi, de praesumt. VI. pr. 63. nr. 3. 15. Mascard. de probat. c. 540. nr. 8. Berger, Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. th. 22. not. 6. Seuffert, Archiv Bd. 2, Nr. 12.

907) L. 2. pr. D. 8. 5. L. 5. pr. D. 7. 6.

908) Wernher, Observ. P. IV. obs. 223. Strube, rechtl. Bedenken IV, 105. Wiesand, Opusc. Sp. VIII. §. 2. p. 98 sq. Kind, Quaest. for. T. III. cap. 45. (nach letzterem hat auch das AGericht zu Dresden so entschieden). Erk. des Obertribunals zu Berlin, Entscheid. XVII, S. 110.

tributoria (insofern die beiden letzteren noch praktisch sein sollten, was aber zu leugnen ist) exercitoria und die Noxalklagen, welche an sich Eigenthum in der Person des Beklagten voraussetzen, und die cautio damni infecti, insofern der Eigenthümer nur zur repromissio verpflichtet ist. — In allen diesen Fällen drücken sich die Romanisten so aus: die Klage stehe nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch dem bonae fidei possessor zu, oder die Klage gehe nicht blos gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen den bonae fidei possessor, womit dann die Vorstellung zusammenhängt, daß neben dem bonae fidei possessor immer ein anderer wahrer Eigenthümer vorhanden sei. Diese Auffassung ist aber mit Delbrück nicht zu billigen. Denn es handelt sich blos um eine Beweisfrage; nur dem Eigenthümer steht die Klage zu, nur gegen den Eigenthümer geht die Klage; aber der Nachweis des Besitzes vertritt den Beweis des Eigenthums. Dies ist auch die Auffassung der italienischen Juristen des Mittelalters; sie stellen daher die Regel auf: sobald das Eigenthum nicht principaliter, sondern nur incidenter deducirt werde, werde Eigenthum aus dem Besitze vermuthet[909]). Diese Regel hat auch die teutsche Praxis anerkannt[910]); sie ist aber häufig unrichtig so gefaßt worden, man sei, da es sich blos um einen Legitimationspunkt handele, mit einer Bescheinigung zufrieden. Die Auffassung der Sache aus dem Gesichtspunkte einer Beweisfrage hat die sehr wichtige praktische Folge, daß dem Gegner das Recht des Gegenbeweises dahin zusteht, daß der andere Theil, obgleich er Besitzer ist, doch nicht der wahre Eigenthümer sei[911]). — Als der regelmäßige Fall ist stets der zu betrachten, daß der Besitzer der wahre Eigenthümer ist; es kann sich dies aber ausnahmsweise in der Wirklichkeit anders verhalten und dann entstehen Collisionen, welche eine Lösung nöthig haben, wie solche bei der Publiciana durch die exceptio dominii gegeben ist. Hier ist besonders die hypothekarische Klage hervorzuheben; die Lösung besteht darin[912]), daß dem Besitzer alle Einreden zustehen, welche er gegen den Schuldner hätte vorschützen können, wenn dieser die dingliche Klage erhoben hätte, selbstverständlich nur in Ansehung dieser Frage und mit Ausnahme des Falles, wo der Beklagte die Sache nach der Verpfändung vom Schuldner erworben hat. Man darf also nicht die Sache so auffassen, als stehe dem bonae fidei possessor an sich die Befugniß zur Verpfändung der Sache zu. Collisionen anderer Art sind namentlich bei Strafklagen

---

909) Bartolus zu L. 27. D. de condit. instit. (28. 7.) Ripa zu L. 15. D. de acquir. poss. (41. 2.) nr. 52. Mascard, de probat. c. 540. nr. 8. Menochi, de praesumt. VI. 63. nr. 3. 13. 15 sq. A. Faber, in Cod. III. 22. def. 18. i. f. IV. 14. def. 3. nr. 10.

910) Mevius, Decis. I. dec. 186. 3. Frider. Mind. Comm. de mat. poss. c. 9. nr. 21. Wernher, Observ. P. IV. obs. 223. Boehmer, de action. II. 5. §. 36. q.

911) Mascard l. c. nr. 14. Menochi l. c. nr. 18.

912) L. 18. L. 21. §. 1. D. 20. 1.

möglich[913]). Ihering hat ein allgemeines Princip zur Lösung aufzustellen versucht, wobei er, wie Delbrück bemerkt, das Rechte schon deshalb nicht treffen konnte, da er die bonae fidei possessio als dingliches Recht, nicht als Zustand betrachtet und den processualischen Charakter der ganzen Frage verkennt. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein allgemeingiltiger Grundsatz überhaupt aufgestellt werden kann; jedenfalls ist jeder einzelne Fall für sich zu betrachten und daher der speciellen Lehre zu überweisen, in welcher die Collision zur Sprache kommt.

Nachtrag. Neuerdings ist die vorstehende von Delbrück aufgestellte Theorie der dinglichen Klage des teutschen Rechtes angegriffen, namentlich ihre jetzige praktische Geltung bestritten worden[914]). Wir können uns aber, der gemachten Einwände ungeachtet, von der Unrichtigkeit jener Theorie nicht überzeugen, müssen dieselbe im Gegentheil für eine Bereicherung der Wissenschaft ansehen, mag sie auch mit schon lange herrschenden Ansichten im Widerspruche stehen. Ein anderer Angriff ist gegen die von Delbrück aufgestellte Theorie über die Gewere gerichtet[915]). Wir müssen uns begnügen, auf die lange nach Ausarbeitung dieses Artikels erschienene bezügliche Schrift zu verweisen.

Heimbach sen.

Visitation, kirchliche. Die Verwaltung innerhalb der geistlichen Sphäre (iurisdictio ecclesiastica im weiteren Sinne) kann nur dann ihrem Zwecke und dem Bedürfnisse entsprechend zur Vollziehung kommen, wenn die Kirche sich im Besitze der einander ergänzenden Functionen der gesetzgebenden, aufsehenden und executiven Gewalt befindet. Von der ersten und letzten ist in anderen Artikeln zur Genüge die Rede gewesen (m. s. namentlich: Evangelische und katholische Kirchenverfassung Bd. IV, S. 76 flg. Bd. VI, S. 1 flg. Geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 581 flg., wo auch zugleich der Anspruch auf diese Gerechtsame dargethan wurde); hier soll zur Ergänzung der Lehre vom Kirchenregiment und der Verwaltung desselben von der zweiten die Rede sein. Die Aufsicht steht aber mit den beiden anderen Regierungsrechten in dem genauesten Zusammenhange: denn sie ist Voraussetzung der Gesetzgebung, indem sie den geistlichen Oberen die vorhandenen Mängel und Gebrechen der kirchlichen Zustände nachweist und dadurch Veranlassung giebt, die erforderlichen den erkannten Bedürfnissen abhelfenden Gesetze zu erlassen. Die Aufsicht ist aber auch ebenso Folge der Gesetzgebung, indem sie dem Inhaber des Kirchenregimentes davon sichere Ueberzeugung verschafft, ob und wie die bestehenden Verordnungen wirk-

---

913) L. 17. pr. L. 38. D. 9. 2. L. 74. D. 47. 2.

914) Von Sintenis in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt herausgeg. von Hötzel, 1858, S. 182 flg.

915) Von Hänel, das Beweissystem des Sachsenspiegels (Leipzig 1858) N. 55, S. 184 flg.

lich befolgt werden. Durch dieses Ergebniß ihrer Anwendung tritt die Aufsicht zugleich in eine bestimmte Verbindung mit der vollziehenden Gewalt selbst [1]).

Die Kirche hat jeder Zeit, wenn auch unter mannigfachen Beschränkungen und in eigenthümlichen von den Umständen abhängenden Gestaltungen, die drei genannten Regierungsrechte und insbesondre das der Aufsicht besessen und ausgeübt [2]). Sehr richtig heißt es in der Reformationsformel Kaiser Karl's V. von 1549 Titel XX de visitatione [3]): Ut visitent Episcopi suas dioeceses, non nupera est inventio, aut a Patribus primum introducta, sed hic mos ab Apostolis descendit. Die Apostel erkannten nämlich wohl die Nothwendigkeit, die von ihnen gegründeten Gemeinden zu besuchen und zu sehen, wie sie sich verhielten (Apostelgesch. IX, 32. XV, 36, 41. I. Corinth. IV, 19. XI, 34. XVI, 5 flg. II. Corinth. XIII, 1) oder andere bewährte Gläubige abzuordnen, welche dies an ihrer Stelle thaten (m. s. z. B. I. Timoth. I, 3. Tit. I, 4, 5); auch setzten sie unter Mitwirkung der Gemeinden besondere Beamte ein, welchen diese Pflicht der Beaufsichtigung eigens auferlegt wurde, das Amt der *ἐπισκοπή*, in Verbindung mit sonstiger Administration (*κυβέρνησις*) oder auch wohl selbstständig darauf beschränkt (vgl. I. Corinth. XII, 28 u. a.). Die Aufsicht wurde nachher überhaupt an das bischöfliche Amt geknüpft, worauf ja auch schon der Ausdruck *ἐπίσκοπος* selbst hinweist. Die Bischöfe in den Städten wie auf dem Lande (chorepiscopi) unterzogen sich ordnungsmäßig dieser Obliegenheit. Das Concil von Antiochia 341 can. 10, welches die letztere bereits beschränkt, legt ihnen doch noch die besondere Sorge und Aufsicht über ihren Sprengel auf; um sie aber ganz zu entfernen, setzte man bald nachher an ihre Stelle Aelteste (Presbyter) als Visitatoren, welche umher reisen und beaufsichtigen sollten und daher *περιοδευταί* (visitatores) genannt wurden (Conc. Laodic. nach 347 can. 57. in c. 5. dist. LXXX.) [4]). Wie die Bischöfe

1) Nach dieser Andeutung erklärt sich, wie Eichhorn in den Grundsätzen des Kirchenrechtes Bd. II, S. 188 flg. die aufsehende Gewalt als einen Zweig der vollziehenden darstellen konnte. Es ist diese Auffassung auch sonst öfter angenommen und neuerdings von Dahlmann (Politik Bd. I, S. 79) u. a. beibehalten, während die schon bei Aristoteles vorhandene sog. trias politica Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Vollziehung von einander sondert. Diese Distinction ist dann von der Verwaltung des Staates auf die der Kirche übertragen (m. s. z. B. G. L. Boehmer, principia iuris canonici §. 205 u. a.). Das kanonische Recht selbst hat keine streng systematische Eintheilung, sondern behandelt alle zum Regiment gehörenden Institute als Ausfluß der iurisdictio, im Unterschiede von der potestas ordinis, und die Quellen theilen den darüber vorhandenen Stoff bei der Darstellung der einzelnen Verhältnisse mit.

2) Ueber die Geschichte der Visitation s. m. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina Pars II. lib. III. cap. 77 sq. verb. I. H. Boehmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. XXXIX., daselbst auch §. II. pag. 564. 565. literarische Nachweisungen; insbesondre s. m. auch Van Espen, ius ecclesiast. universum P. tit. XVII.

3) Bei Hartzheim, Concilia Germaniae Tom. VI. Fol. 763.

4) Vgl. auch Stellen aus den Verhandlungen des Concils von Chalcedon

des Orients betrachteten auch die des Occidents die ordentliche Visitation ihrer Diöcesen als eine der wichtigsten Aufgaben und seit dem vierten Jahrhundert ergingen darüber auch schon Verordnungen der Synoden in den einzelnen Landeskirchen[5]). In Spanien erscheint es im sechsten Jahrhundert als alte Gewohnheit, daß die Bischöfe jährlich ihren Sprengel visitiren: denn die Synode zu Tarragona fand sich 516 zu der Herstellung derselben veranlaßt (ut antiquae consuetudinis ordo servetur et annuis vicibus ab episcopo dieoceses visitentur) und schärfte bei der Gelegenheit zugleich ein, daß beschädigte Kirchen restaurirt würden, da dem Bischofe das Drittheil der Einkünfte von denselben gegeben werde[6]). Die Größe der Diöcesen verhinderte die Ausführung dieser Vorschrift; deshalb beschloß man zu Lugo eine Verkleinerung der Sprengel[7]) und drang späterhin umsomehr auf Befolgung der alten Norm, indem man zugleich die bei der Visitation wahrzunehmenden Rücksichten erweiterte[8]). Als ein mit der Visitation zu verbindendes Geschäft erscheint schon zeitig die Confirmation der Getauften. Schon Hieronymus († 420) weist darauf hin[9]) und später wird dies oft wiederholt. Bei der Gelegenheit wurde auch zugleich die zu besuchende Gemeinde versammelt und für Abstellung der in ihr vorhandenen Gebrechen Sorge getragen. Dies geschah wie in Spanien (s. die Anm. 8 cit. Synode von Braga), so auch in Gallien. Hier ließ der Bischof seinen Archidiakonus oder Archipresbyter voran reisen, die Gemeinden versammeln und die sonstigen Vorbereitungen treffen. Das Concil von Rouen von 650 bestimmt also: "Cum episcopus suam dioecesim circuit, archidiaconus vel archipresbyter eum praeire debet uno aut duobus diebus per parochias, quas visitaturus est, et plebe convocata adnunciare debet proprii pastoris adventum, et ut omnes ad eius synodum die denominata impraetermisse occurrant etc.[10]). Bereits die Synode in Toledo von 633 (s. Anm. 8 cit.) hatte auch bestimmt, daß der Bischof, welcher an der persönlichen Abhaltung der Visitation verhindert würde: presbyteros probabiles aut diaconos mittat, qui reditus basilicarum, et reparationes, et ministrantium vitam inquirant. Das an-

---

451 und des fünften ökumenischen Concils von Constantinopel von 553 bei Bingham, origines sive antiquitates eccl. lib. II. cap. XIV. §. 12. (vol. I. p. 201). Auch in der c. 42. §. 9. Cod. de episcopis et clericis (I. 3.) vom Jahre 528 werden neben einander genannt: episcopus aut chorepiscopus, aut visitator sive circuitor aut presbyter. S. übrigens noch I. H. Boehmer l. c. §. 20 sq.

5) Ueber Afrika insbesondre Thomassin l. c. cap. 77. und Gallien Boehmer l. c. §. XVII. XVIII.; daselbst auch Näheres über Augustin, Martin von Tours u. a.

6) C. 10. Cau. X. qu. I. (Conc. Tarracon. c. 8.)

7) Thomassin l. c. cap. 78. §. XV.

8) C. 1. Conc. Bracar. II. a. 572. (in c. 12. Cau. X. qu. I.). C. 35. Conc. Toletan. IV. a. 633. (in c. 11. eod.)

9) Thomassin l. c. cap. 77. §. VI.

10) C. 16. Conc. Rotomagens. bei Regino, de synodalibus causis lib. II. cap. 1.

geführte Concil von Rouen überwies aber den bischöflichen Gehilfen die selbstständige Erledigung der geringeren Sachen: Adscitis secum presbyteris, qui illo in loco servitium debent exhibere episcopo, quidquid de minoribus et levioribus causis corrigere potest, emendare satagat, ut pontifex veniens nequaquam in facilioribus negotiis fatigetur, aut ibi immorari amplius necesse sit. Im fränkischen Reiche wurden diese Einrichtungen unter Mitwirkung des Bonifacius, entsprechend dem damaligen Volksleben, weiter fortgebildet. Gleich auf dem ersten austrasischen Concil von 742 wurde angeordnet: Quandocumque iure canonico episcopus circumeat parrochiam populos ad confirmandos, presbiter semper paratus sit ad suscipiendum episcopum, cum collectione et adiutorio populi qui ibi confirmari debet[11]. Dasselbe wurde auf dem austrischen Concil zu Soissons 744 wiederholt[12]. Der Staat gewährte den Bischöfen bei ihren Visitationen auch seine besondere Beihilfe, indem er zunächst zur Ausrottung des Heidenthums die Mitwirkung der Grafen anordnete: adiuvante gravione qui defensor ecclesiae est[13]. Alles dieses schärfte Karl der Große auf's neue ein, unter Hinzufügung genauerer Bestimmungen[14], wie namentlich: Ut quando episcopus per sua parrochia circata fecerit, comite vel sculdaz adiutorium preveat, qualeter ministerium suum pleniter perficere valeat secundum canonicam institutionem (a 781 cit.). Die zu gewährende Hilfe mußte bald auch den Charakter der Aufsicht über die Visitatoren annehmen, da dieselben dem Klerus und dem Volke durch Forderungen großer Leistungen drückend wurden. Ludwig und Lothar sahen sich schon 829 zu einer beschränkenden Anordnung gegen die Bischöfe genöthigt, welche späterhin öfter wiederholt werden mußte[15]. Die Folge dieser Beschränkung war, daß die Bischöfe anfingen, sich der persönlichen Vollziehung ihrer Pflicht zu enthalten und dieselbe durch Vertreter erfüllen ließen. Bereits das Concil zu Meldi 845 mußte rügen: Ut quorundam episcoporum reprehensibilis, immo damnabilis consuetudo omnimodis corrigatur, qui plebes sibi creditas aut raro, aut nunquam per se ipsos iuxta ordinem evangelicum et apostolicum atque ecclesiasticum visitant[16]. Die Vertretung selbst übernahmen die Archidiakonen und Archipresbyter (s. die Artikel Bd. I, S. 428 flg., 431 flg.). Schon bei

---

11) Karlomanni, Capitulare a. 742. c. 3. bei Pertz, Monumenta Germaniae III. 17.

12) Pippini, Cap. a. 744. c. 4. bei Pertz cit. pag. 21.

13) Karlomanni, Cap. a. 742. c. 5.

14) Capit. a. 769. c. 6. 7. 8. (l. c. pag. 33.) Cap. Mantuan. a. 781. c. 6. (l. c. p. 41.) Cap. a. 789. c. 69. (pag. 64.) Cap. Aquisgran. a. 813. c. 1. (l. c. pag. 188.) eiusd. excepta canonum c. 16. (l. c. pag. 190.)

15) Constit. Wormatienses a. 829. cap. 5. (Pertz, Monum. cit. III. 335.) Karoli II. Synodus apud Tolosam a. 844. cap. 4—6. verb. cap. 1—3. (l. c. pag. 378. 379.) Ludovici II. conventus Ticinensis II. a. 855. cap. 16. (l. c. pag. 432.

16) Concil. Meldense a. 845. c. 29. bei Rigino l. c. lib. I. cap. 6.

den ersten Anordnungen zur Organisation der fränkischen Kirche wurde auch bestimmt: In coena Domini (presbiter) semper novum crisma ab episcopo quaerat, ut episcopum testis adsit castitatis, et vitae et fidei doctrinae illius (a 742) und: Unusquisque presbyter qui in parrochia est, episcopo obediens et subiectus sit, et semper in coena Domini rationem et ordinem ministerii sui episcopo reddat, et crisma et oleo petat (a 744) (s. Anm. 11, 12 cit.). Späterhin wurde zur Erleichterung der entfernt Wohnenden folgende Bestimmung getroffen: De presbyteris qui accipiendi chrismatis gratia ad civitates in coena Domini venire soliti erant, sancitum est, ut de his, qui longe positi sunt, de octo vel decem unus ab episcopo eligatur, qui acceptum chrisma sibi et sociis diligenter perferat. Hi vero qui non longius a civitate quam quatuor aut quinque milibus habitant, more solito ad accipiendum chrisma per se veniant. Discendi vero gratia alio, non quadragesimae, tempore ad civitates convocentur (a 817)[17]). Diese zur Abholung des heiligen Oeles gewählten Priester hießen bald darauf decani oder archipresbyteri[18]) und ihnen wurde die Visitation in den ihnen zugewiesenen Districten übertragen. Ein Gleiches geschah in den größeren Sprengeln den Archidiakonen durch diese. Die Archipresbyterate und Archidiakonate wurden aber im ganzen in Uebereinstimmung mit den weltlichen Dekanien oder Centen und den Gauen begrenzt und, wie schon 781 (s. oben) verordnet wurde, zur Beihilfe in denselben der Schultheiß (Decan) gegeben. Die Formen, unter welchen die Visitation in besonderen Versammlungen (Senden, Sendgerichte, s. den Art. Geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 591) vollzogen wurde, schlossen sich dem bürgerlichen Leben an, insbesondre den Schöffengerichten; doch ergaben sich wesentliche Abweichungen als Folge der verschiedenen Stellung der Laien in den Versammlungen der bürgerlichen und kirchlichen Gemeinde. In jedem Pfarrbezirke sollten gottesfürchtige Männer erlesen werden, denen das Ermahnen der Genossen und das Rügen von Vergehen bei der Visitation zur Pflicht gemacht wurde, wogegen sie an der Beurtheilung selbst nicht Theil haben sollten. In der Uebersicht der Interrogatorien bei Regino de causis synodalibus lib. II. cap. V. nr. 69. heißen sie decani (per villas constituti, viri veraces et Deum timentes, qui ceteros admoneant — — et, si horum quisquam transgressus fuerit, statim presbytero adnuncient.). Später kommen sie gewöhnlich unter der Bezeichnung testes synodales, Sendschöffen, vor. Von den sonst üblichen Schöffen unterscheiden sie sich, da sie nicht Urtheilsfinder sind, von den Geschworenen, mit welchen sie sonst manche Aehnlichkeit haben, daß den letzteren die Rügepflicht

---

17) Capit. Aquisgran. a. 817. c. 18. bei Pertz l. c. III. 208.

18) S. c. 64. dist. I., aus den sog. Capitula Theodori cap. 40., welche nach 829 verfaßt sind (Wasserschleben, die Bußordnungen der abendländischen Kirche (Halle 1851) S. 18), auch bei Regino l. c. lib. I. cap. 295. Conc. Aquisgran. a. 836 bei Hartzheim, Concilia Germaniae II. 81. Vgl. auch noch Innocent III. in c. 7. §. 2. X. de officio archidiaconi I. 23.

nicht auferlegt war[19]). Während in den allgemeinen Grundsätzen sich bei der Handhabung der Visitation Uebereinstimmung findet, war dies keineswegs bei den besonderen Einrichtungen der Fall; vielmehr gestalteten diese sich local verschieden[20]). Je nach Bedürfniß wurden dann fortwährend ältere Bestimmungen erneuert, namentlich den Bischöfen behufs der Ertheilung der Firmung ihre Obliegenheit in Erinnerung gebracht; auch gaben bald das Verhältniß der Archidiakonen, welche die Grenzen ihrer Befugnisse überschritten, ferner auftauchende Häresien sowie Klagen über zu hohe Forderungen der Visitationsgebühren Veranlassung zu Verordnungen über Visitationen. Diese finden sich theils im Corpus iuris canonici selbst[21]), theils in den Conciliensammlungen[22]) und anderen Collectionen. Vornämlich wurden infolge der Reformation des 16. Jahrhunderts von Seiten der alten Kirche die Visitationen zur Herstellung ihres Cultus und zur Gegenreformation mit großem Erfolge benutzt und nach dem Vorgange der Kölner Synode von 1549 (de quarto medio reformandi ecclesiam per visitationem)[23]) durch das Tridentinische Concil die bischöfliche Visitation und deren Verhältniß zur Aufsicht anderer Kleriker allgemein angeordnet[24]). Daran lehnen sich spätere Entscheidungen der päbstlichen Congregationen[25]) und eine große Menge particularer Vorschriften bis zur Gegenwart[25a]), für welche das in neuester Zeit eingetretene freiere Verhältniß der Kirche zum Staate nicht ohne großen Einfluß auch auf diese Angelegenheit geblieben ist.

Die evangelische Reformation, welche damit begann, bisherige Mißbräuche aufzuheben, hatte nicht die alten Bande gelöst, um Zügellosigkeit zu begründen, und doch blieben Mißverständnisse nicht aus, welche die neue Freiheit in Willkür verwandelten. Da ergab sich von selbst als das Mittel der Durchführung einer wahrhaften Reformation die Visitation und zu einer solchen rieth Luther dem Kurfürsten Johann dem Beständigen von Sachsen schon im Jahre 1525. Dieser ließ auch 1526 eine Instruction für die Visitatoren aufsetzen und nach

19) Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses S. 129 flg.

20) M. s. deshalb die Nachweisungen bei Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes (4. Aufl.) §. 186.

21) Außer den zerstreut vorhandenen Stellen über die einzelnen Objecte der Visitation kommt hier vornämlich in Betracht der Titel de censibus, exactionibus et procurationibus X. III. 39., in VI. III. 20., in Clem. III. 13. Extravag. comm. III. 10.

22) Für Teutschland s. m. die Uebersicht der ergangenen Synodalschlüsse bei Hartzheim, Concilia Germaniae in dem von Hesselmann bearbeiteten Registerbande Tom. XI. Fol. 332.

23) Hartzheim l. c. T. VI. Fol. 546—548.

24) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 3. de ref.

25) M. s. dieselben bei Ferraris, bibliotheca canonica, sub voce: visitatio und in der Ausgabe des Trid. Concils von Richter und Schulte pag. 332 sq.

25a) Mehrere derselben hat Andreas Müller, im Lexikon des Kirchenrechts unter dem Worte: Visitationen abdrucken lassen, auf andere wird noch weiterhin besonders aufmerksam zu machen sein.

derselben das Land, welches er nach Luther's Rath in vier Bezirke theilte, durch geistliche und weltliche Inspectoren visitiren und reformiren. Das Ergebniß der Visitation war eine Ordnung, nach der sich künftig Geistliche und Lehrer zu richten hätten, 1528. (Unterricht der Visitatoren an die Pfarrherren im Kurfürstenthum Sachsen)[26]. In ähnlicher Weise war auch im Herzogthume Preußen verfahren und dann in den übrigen evangelischen Gebieten[27]. Diese Visitationsordnungen bilden eine der Hauptgrundlagen aller evangelischen Kirchenordnungen, wie dies im Artikel: Quellen des kanonischen und Kirchenrechtes Bd. VIII, S. 776, 777 nachgewiesen ist. Ein Hauptbestandtheil dieser Kirchenordnungen selbst ist dann auch eine Visitationsinstruction; doch sind außerdem noch in den einzelnen Ländern besondere Visitationsartikel erlassen, welche meistens aus vorangegangenen Visitationen entlehnt und generalisirt wurden. Zum Theil wurden die aus der alten Kirche vorgefundenen Einrichtungen für die Visitation mit denjenigen Modificationen, welche im Wesen der evangelischen Kirche liegen, beibehalten. Dies gilt namentlich auch von den Sendgerichten, die überdies auch als Rügegerichte weltlicher Art vorhanden waren. So entstanden in Preußen die sog. Gebetverhöre und ähnliche Institutionen anderwärts[28]. Die Stelle der älteren Sendschöffen nahmen Kirchencensoren, Rügemeister, Kirchgeschworene, Senioren ein und selbst der Ausdruck Synodscheffe wurde mitunter nicht aufgegeben[29]. Die Visitation wurde ordentlicher Weise an das Amt der Inspectoren und Superintendenten geknüpft, doch aber auch andere Organe dafür gewonnen (s. unten). Besondere Bedürfnisse haben in der neuesten Zeit die Visitationen wieder mehr belebt. In Preußen wurde 1852 eine außerordentliche allgemeine Kirchenvisitation beschlossen, welche districtweise in den einzelnen Provinzen vollzogen worden und das ganze Land umfassen soll. Außer den speciellen Recessen, welche nach abgehaltener Visitation zu ergehen pflegen, sind daraus auch gewisse allgemeine Grundsätze gewonnen und von dem evangelischen Oberkirchenrathe zur Berücksichtigung allen Consistorien mitgetheilt[30].

---

26) Die Instruction und der Unterricht finden sich bei Richter, die evangelischen Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts (Weimar 1846 4.) Bd. I, S. 77 flg. Zur Ergänzung derselben erschienen die kursächs. Visitationsartikel nebst dem Visitationsabschiede 1529 (a. a. O. S. 101 flg.).

27) S. die Instruction von 1526 in Jacobson, Geschichte der Quellen des evangelischen Kirchenrechtes Preußens. Urkunden Nr. IV und die darauf folgenden Verordnungen eben daselbst; über Schlesien s. m. Matzke, die Generalvisitationen der evangelischen Kirchen und Schulen im Fürstenthum Liegnitz 1654, 1655, 1674 u. s. w. Berlin 1854.

28) M. vgl. über diese Jacobson in Schneider's: teutsche Zeitschrift für christliche Wissenschaft und christliches Leben Jahrgang VI. (Berlin 1855) Nr. 43—45.

29) Man findet ihn z. B. in der Nassauer Kirchenordnung von 1570, der Solms-Braunfelser von 1582 u. a.

30) Instruction vom 12. Juli 1852, revidirt unterm 15. Februar 1854

Dem Vorgange Preußens sind Hannover 1853, Würtemberg 1854, das Großherzogthum Hessen 1854, Bayern 1854, Sachsen-Weimar 1855, das Königreich Sachsen 1856 u. a.[31]) gefolgt. Beim Erlasse der neueren Instructionen sind übrigens die vorhandenen älteren, welche häufig unanwendbar geworden, zur Grundlage genommen, wie in Hannover das Visitationsdirectorium von 1734 u. a.[31a]).

Nach dieser Auseinandersetzung wenden wir uns zur Betrachtung des in der Gegenwart geltenden Rechtes und gehen dabei von der Betrachtung des Verhältnisses der Kirche zum Staate bei der Anstellung von Kirchenvisitationen aus.

Allgemein ist das Recht der Kirche anerkannt, sich zur Vollziehung der Aufsicht des Mittels der Visitation zu bedienen. Es ist dieses eine eigene Angelegenheit der Kirche, welche sie daher auch selbstständig zu verwalten hat[32]). Einer besonderen Genehmigung des Staates zur Veranstaltung oder zur Art und Weise der Ausführung der Visitation bedarf die Kirche nicht mehr, während zum Theil bis in die neuere Zeit wenigstens zu außerordentlichen Inspectionen entweder der förmliche Consens eingeholt[32a]) oder behufs Beiordnung eines Staatsbeamten als Commissarius Anzeige gemacht werden mußte[33]). Die Grenzen des staatlichen Rechtes der Oberaufsicht, als eines Bestandtheiles der Kirchenhoheit und zugleich in Verbindung damit der Pflicht des Staatsschutzes, würden sich gegenwärtig in der Bestätigung derjenigen Bestimmungen der Instructionen an den Tag legen, welche Abgaben der Visitirten oder sonstige das äußere und bürgerliche Leben berührende Verhältnisse zum

---

(v. Moser, allgem. Kirchenblatt für das evangel. Teutschland 1854 S. 161 flg.), Circulare v. 26. März 1856 (Actenstücke des evangel. Oberkirchenrathes Bd. II, Heft 2, S. 79 flg.).

31) Sämmtliche Verordnungen finden sich in v. Moser's cit. Kirchenblatte.

31a) Vgl. Uhlhorn, in der Vierteljahrsschrift für Theologie und Kirche (mit besonderer Rücksicht auf Hannover) 1852 Heft 4, S. 396 flg.

32) Der Standpunkt, den J. H. Boehmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. 39. §. 41 sq. aus dem Territorialprincipe hierbei geltend macht und der schon früher öfter bekämpft wurde, ist jetzt natürlich nicht mehr festzuhalten (vgl. Eichhorn, Kirchenrecht B. II, S. 198, Anm. 2).

32a) So in der oberrhein. Kirchenprovinz (Longner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bischöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz S. 189). Dies nimmt ein Ende, sobald dem Bischofe zusteht, „zur Leitung seiner Diöcese alle jene Rechte auszuüben, welche demselben in Kraft seines kirchlichen Hirtenamtes laut Erklärung oder Verfügung der heiligen Kirchengesetze nach der gegenwärtigen, vom heiligen Stuhle gut geheißenen Disciplin der Kirche gebühren." Uebereinkunft Würtemberg's mit der römischen Curie vom 8. Juni 1857 Art. 4. Insbesondre ist nach Art. 8, lit. d die Visitation der Seminare ihm zugestanden.

33) So in Oesterreich noch nach dem Hofdecrete v. 19. Juli 1818. Dagegen das Concordat v. 18. August 1855 Art. 4 (gleichlautend mit dem in der vorigen Anmerk. angeführten); desgleichen in Sachsen Weimar nach dem Gesetze vom 7. October 1823 §. 33. (Weiss, corpus iuris eccl. hodiern. Cathol. Germ. pag. 343.)

Gegenstande haben: denn wenn der Staat durch seine Gerichte und Verwaltungsbehörden der Kirche seinen Arm zur Vollziehung der kirchlichen Anordnung gegen die Verpflichteten leihen soll, — und dies beansprucht die Kirche — so gebührt ihm auch ein Antheil an der Festsetzung der zu vollziehenden Normen. Das Wenigste wäre Kenntnißnahme der Erlasse von Seiten des Staates und ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung derselben. Dies erkennen auch nach der Aufhebung des Placet die neueren Kanonisten an, wie Walter, welcher äußert: „Uebrigens ist von dem Placet der Fall wohl zu unterscheiden, wo die Staatsregierung ein Kirchengesetz bestätigt und publicirt, um ihm dadurch auch bürgerlich verbindende Kraft wie einem Landesgesetze zu verleihen. Denn dieses bezieht sich nicht, wie das Placet, auf dessen Wirksamkeit innerhalb der Sphäre der Kirche, sondern nur auf die Unterstützung durch den weltlichen Arm, und es fließt nicht aus einem Rechte der Oberaufsicht, welches die Staatsgewalt aus dem Standpunkte des Mißtrauens für sich geltend macht, sondern aus dem Schutze und der Hilfe, welche sie als eine christliche Obrigkeit der Kirche vertrauensvoll zuwendet"[34]). Die Gesetzgebung hält ebenmäßig daran noch fest, wie die Beispiele im Art. Placet Bd. VIII, S. 178, 179 ergeben. Im besonderen hat die bisherige Inspection des Staates auf die katholische Kirche aufgehört, insofern die Einsendung der Conduitenlisten über den Klerus eingestellt ist[35]), desgleichen die Einreichung der Rechnungsextracte über das Kirchengut, ausgenommen bei Kirchen landesherrlichen Patronates, bei welchen auch die Regierung unter Zuziehung eines von Seiten des bischöflichen Ordinariates zu ernennenden Commissars etwa nöthig befundene außerordentliche Kassenrevisionen vornehmen lassen kann[36]) u. a. m. Uebrigens kann aus landespolizeilichen Rücksichten der Staat auch jetzt noch wie früher selbstständig eine Visitation kirchlicher Institute veranstalten[37]).

Was das Verhältniß der evangelischen Kirche zum Staate in dieser

---

34) Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 46 c. Er beruft sich dabei auf die Beispiele bei den römischen Kaisern und teutschen Königen und fügt in einer Anm. hinzu: „Es ist daher ganz irrig, diese Fälle als Vorläufer des Placets anzusehen. So thut Jacobson in J. Weiske's Rechtslexikon Art. Placet." Dagegen muß aber erinnert werden, daß es unstatthaft ist, in jene Zeit der Vermischung von Staat und Kirche, in der die Behörden des Staates überhaupt auch die canones zu befolgen hatten, die spätere Distinction des ius inspectionis und ius advocatiae hinein zu tragen (m. s. deshalb im Rechtslexikon den Artikel Staat und Kirche Bd. X).

35) Circulare des preuß. Cultusministeriums v. 31. Mai 1849 (Ministerialblatt für die gesammte innere Verwaltung 1849 S. 165. Beiträge zum preuß. Kirchenrechte Heft I (Paderborn 1854) S. 29.

36) Mehrere dies näher bestimmende Erlasse in den cit. Beiträgen I, 36, 40, 51, 55, 64. II, 7 u. a. m.

37) So z. B. wegen der Gottesäcker u. a. s. Rescripte vom 16. Februar, 22. April, 21. Mai 1831 in v. Kamptz, Annalen der inneren Verwaltung in Preußen Bd. XV, Heft 2, S. 351 flg.

Angelegenheit betrifft, so ist die neuere Zeit insofern nicht ohne Einfluß geblieben, als ein verändertes Ressortverhältniß der Behörden eingetreten und die Kirchenvisitationen ganz in die Hände der kirchlichen Organe gelegt sind. So bestimmt z. B. schon eine Instruction des preußischen Cultusministers vom 7. Februar 1849 A. Nr. 12 zur Ausführung des königl. Erlasses vom 26. Januar 1849, daß auf die evangelisch-geistliche Abtheilung (den jetzigen evangelischen Oberkirchenrath) die Attribute in Betreff der Kirchenvisitationen und der Beaufsichtigung der Pfarr- und Superintendenturarchive übergehen sollen, welche bisher von dem Minister der geistlichen Angelegenheiten ausgeübt worden sind [38].

Das Recht der Visitation als Bestandtheil des Kirchenregimentes enthält, unter den vorhin angeführten Beschränkungen, die Befugniß zum Erlasse der Instruction, nach welcher Visitationen überhaupt oder eine einzelne Inspection im besonderen vollzogen werden soll. Es liegt ferner darin das Recht, diejenigen Personen zu bestimmen, welche sich der Visitation zu unterziehen haben. Früher wurden und bisweilen werden jetzt noch die bleibend mit dem Amte der Inspection betrauten Erzpriester, Decane u. s. w. unter dem Einverständnisse der Regierungen angestellt [39]. Insofern diese Beamten zugleich die Volksschulen, nicht blos Kirchenschulen, zu beaufsichtigen haben, kann auch gegenwärtig noch schlechthin ihre Anstellung von einer Mitwirkung des Staates abhängen. Zum Visitationsrechte gehört auch die Befugniß, sich über das Ergebniß der Untersuchung selbst Bericht abstatten zu lassen und diejenigen Anordnungen zu treffen, welche geeignet scheinen, den gerügten Mängeln und Gebrechen abzuhelfen. Alle diese Gerechtsame können übrigens in derselben Hand vereinigt sein oder verschiedenen Personen und Collegien zustehen.

Die Organe der kirchlichen Visitation sind in der römisch-katholischen Kirche, entsprechend der Gliederung der hierarchia iurisdictionis

1) für die ganze Kirche der Pabst (s. den Art. Bd. VII, S. 719 flg., insbes. S. 724, 725), der sich dazu der Legaten, Nuntien, apostolischen Visitatoren und verschiedener Congregationen bedient. Die Pflichten der apostolischen Visitatoren sind mit Rücksicht auf das Conc. Trident. sess. XXII. cap. 11. de reform. durch ein Monitorium vom 16. August 1852 wieder eingeschärft worden [39a];

---

38) Ministerialblatt für die innere Verwaltung 1849 S. 13 flg. Beiträge cit. I, 16 flg.

39) M. s. z. B. von der oberrhein. Kirchenprovinz Longner a. a. O. S. 422. Dagegen bestimmt das Uebereinkommen der würtemberg. Regierung mit der Curie v. 5. Juni 1857 Art. 4, lit. b., daß das Recht den Generalvicar, die außerordentlichen Mitglieder des Ordinariats sowie die Landdecane zu erwählen, zu ernennen, beziehungsweise zu bestätigen, dem Bischofe gebühre. Vgl. österreich. Concordat Art. IV, lit. a.

39a) M. s. dasselbe in der Berliner allgem. Kirchenzeitung 1852 Nr. 78.

2) für die einzelnen Provinzen die Metropoliten, Erzbischöfe (s. den Artikel Bd. IV, S. 62 flg., besonders S. 67). Die Möglichkeit der Abhaltung der Provinzialsynoden in neuester Zeit wird zugleich für die Veranstaltung erzbischöflicher Visitationen nicht ohne Einfluß bleiben können;

3) für die einzelnen Diöcesen die Bischöfe (s. den Art. Bd. II, S. 216 flg., S. 225). Nach der Vorschrift des Tridentinischen Concils soll der Bischof in Person oder vermittelst seines Generalvicars jährlich oder innerhalb zweier Jahre die ganze Diöcese visitiren [40]). Diese Bestimmung ist jedoch meistens nicht zur Vollziehung gekommen, da sie auch in der That bei der Größe der Diöcesen geradezu unausführbar ist. Gewöhnlich visitirt der Bischof bei Gelegenheit der Ertheilung der Firmung, für welche er aber einen größeren Zeitraum braucht. Der Bischof bedient sich ordentlicher Weise besonderer Gehilfen, denen er für bestimmte Sprengel die Inspection aufträgt (s. Nr. 4), insoweit nicht das kanonische Recht Ausnahmen statuirt, indem es die persönliche Thätigkeit des Bischofs fordert. Dies ist der Fall bei den Kapiteln der Domkirchen und anderen größeren Kirchen, deren Exemtionsprivilegien das Tridentinum aufgehoben hat, so daß der Bischof und andere höhere Prälaten, unter Hinzunahme anderer Personen, so oft es ihnen angemessen scheint, eine solche Visitation vollziehen können [41]). Was Exemte betrifft, so hat das Tridentinum und die dasselbe erläuternde Congregation ausgesprochen, daß die Bischöfe als apostolische Delegaten das Recht der Visitation über alle Secularkirchen ausüben sollen, auch wenn dieselben Regularen gehören, jedoch von Weltgeistlichen verwaltet werden [42]); desgleichen über Secularkirchen nullius dioecesis, nicht aber über solche Regularkirchen [43]); ferner über Nonnenklöster rücksichtlich der Clausur [44]) sowie in Bezug auf Seelsorge und Verwaltung der Sacramente über alle Personen in den Klöstern, welche Seelsorge über weltliche Personen besitzen, mit Ausnahme derjenigen, welche zu der Hausgenossenschaft jener Klöster gehören [45]); ebenso über Hospitäler und andere fromme Anstalten [(hospitalia, collegia quaecunque ac confraternitates laicorum, etiam quas scholas sive quocunque alio nomine vocant), jedoch nicht falls dieselben unter unmittelbarem königl. Schutze stehen, ohne Genehmigung der Protectoren (non tamen quae sub regum immediata protectione sunt, sine eorum licentia), worauf es dann weiter

---

40) Sess. XXIV. cap. 3. de ref.

41) Sess. VI. cap. 4. de ref. verb. sess. XIV. cap. 4. de ref. sess. XXV. cap. 6. de ref.

42) Sess. VII. cap. 8. de ref. verb. Ferraris, biblioth. can. s. v. visitatio nr. 22. 23.

43) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 9. de ref. Ferraris cit. nr. 23. 24. 163 sq.

44) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 5. de regularibus et monialibus.

45) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 11. de regul. et mon.

heißt: eleemosynas montis pietatis sive caritatis, et pia loca omnia, quomodocunque nuncupentur, etiamsi praedictorum locorum cura ad laicos pertineat, atque eadem pia loca exemptionis privilegio sint munita][46]. Mannigfache Bedenken, welche außerdem, namentlich über das Verhältniß der Bischöfe zu den Regularen hinsichtlich der Visitation nach und nach entstanden, sind durch specielle päbstliche Entscheidungen, insbesondre von Gregor XV.: Inscrutabili a 1622, Benedict XIV.: Firmandis a 1744, und durch die Resolution der Congregation erledigt worden[47]. Die von den Bischöfen bei ihren Visitationen erlassenen Decrete müssen den von den exemten Oberen oder Regularen getroffenen Anordnungen vorgezogen werden[48] und die dagegen eingewendeten Appellationen haben keinen Suspensiveffect[49]. Im Falle der Erledigung des bischöflichen Stuhles kann der Capitularvicar die Diöcese in Person oder durch einen von ihm Beauftragten visitiren und das Erforderliche anordnen; doch muß seit der letzten Visitation bereits ein Jahr verflossen sein und Neuerungen dürfen nicht eingeführt werden[50]) und dem Visitator soll nur die Hälfte der sonst üblichen Procurationen entrichtet werden[50a].

Das bischöfliche Organ der Visitation ist regelmäßig

4) für die einzelnen Decanate (Christianitäten) der Vorstand derselben der Decan (s. den Art. Bd. III, S. 248 flg., S. 254). Die Kirchen der Decane selbst läßt der Bischof durch Mitglieder seines Consistoriums visitiren[51]. Endlich erscheint

5) in den einzelnen Gemeinden der Pfarrer (s. den Art. Bd. VIII, S. 482 flg.) als Organ der Visitation. Mit der ihm obliegenden Seelsorge ist nothwendig die Aufsicht über die Gemeinde verbunden, welche in mannigfacher Weise, insbesondre auch durch Hausbesuche geübt wird. Dieselben erfolgen bei Kranken, vorzüglich zur Ertheilung der letzten Oelung, sonst auch bei Anderen aus mannigfachen Gründen, namentlich um Gemeindeglieder vor Abfall von der Kirche zu bewahren, sie zu trösten u. s. w. Die Kirchengesetze geben darüber nähere Anweisungen. So bestimmt die Synode zu Culm vom Jahre 1605: de parochorum officio: Domos suorum parochianorum saepe visitabunt, attendentque, ne habeantur apud ipsos libri haereticorum etc."[52]), ausführlicher die

---

46) Conc. Trid. sess. XXVII. cap. 8. de reform. verb. sess. XXIV. cap. 10. de reform.

47) S. Ferraris cit. St., die Ausgabe des Trid. Conc. von Richter und Schulte, wo auch pag. 539 sq. 591 sq. die päbstlichen Erlasse abgedruckt sind.

48) Ferraris l. c. nr. 37.

49) Conc. Trid. sess. XIII. cap. 1. de ref.

50) Ferraris, bibliotheca sub voce. Vicarius capitularis art. II. nr. 11. cit.

50a) Benedict XIV. de synodo dioecesana lib. X. tit. X. §. VI. fin.

51) M. s. z. B. über die oberrheinische Kirchenprovinz Longner a. a. O. S. 223 flg.

52) S. Hartzheim, Conc. Germ. Tom. VII. Fol. 974. verb. Synode von 1641 lit. II., von 1745 cap. VII. (l. c. IX. 605. X. 512. 513.)

Ermländische Synode von 1610: de parochis et ipsorum munere: „Id circo omnium non solum villarum suarum parochialium, singularumque familiarum tam intra, quam extra oppidum existentium, verum etiam personarum utriusque sexus catalogum habeant, videantque, ut omnia recte in iis, quae ad salutem ipsorum spectant, promovendis, obeant et exequantur —. — Omnem solertiam et industriam adhibeant, ut si qui (libri haeretici) apud parochianos inveniuntur, eosdem auferant ...“ und im Titel: de visitatione parochiarum: „— non contenti publice et in ecclesia tantum saluti suorum inservire parochi privatim, etiam domi, statum, vitam et mores cuiusque cognoscere studeant ... Per se vel vicarios suos — domos singulorum, praesertim in vigilia nativitatis Domini, pro consuetudine dioecesis nostrae, visitent —. Convocata deinde tota domo, examinent eos de necessariis ad salutem etc.“ [53]). Diese Hausbesuche sind eine Pflicht, daher auch ein Recht der Geistlichen. Auf Grund derselben, sonstiger Ermittelungen, insbesondre der Kirchenbücher haben die Pfarrer an ihren Decan jährlich specielle Berichte (Pfarrrelationen) abzustatten, welche die Grundlage der Visitationen des Decans selbst und seine eigenen Berichte an den Generalvicar bilden [54]).

In der evangelischen Kirche ist die Visitation vom Inhaber des Kirchenregimentes verschiedenen Behörden übertragen und in den einzelnen Landeskirchen besonders geordnet [55]).

1) Die höchste Inspection verwaltet ein Oberconsistorium, Oberkirchenrath oder eine andere Oberbehörde (s. den Art. Evangelische Kirchenverfassung Bd. IV, S. 91), welche aus den Provinzen an sich berichten läßt und erforderlichen Falles ein eigenes Mitglied oder einen anderen höheren Geistlichen, auch wohl eine besondere Commission mit der Vollziehung von Visitationen beauftragt.

2) In den Provinzen liegt den Consistorien, Kirchenräthen u. s. w. (s. Bd. IV, S. 93) gemeinhin die Visitation ob. Sie vollziehen dieselbe bald durch eine Commission, bald durch einen ihrer Räthe oder ihren Director (Generalsuperintendent) (s. Bd. IV, S. 95). Die preußische Instruction für die Generalsuperintendenten vom 14. Mai 1829, mit der im wesentlichen auch die anderer evangelischer Länder übereinstimmt, erklärt: „Ihre Bestimmung im allgemeinen ist, sich eine genaue, auf eigene Anschauung gegründete und

53) S. Hartzheim l. c. Tom. IX. Fol. 135 sq. 140 sq. verb. Synode von 1726 cap. XVI. l. c. X. 444.

54) Besondere Schemate pflegen den Geistlichen zur Ausfüllung der einzelnen Rubriken gegeben zu werden. M. s. z. B. die in der oberrhein. Kirchenprovinz üblichen bei Longner a. a. O. S. 191 flg. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes Bd. V, S. 501 flg.

55) Vgl. den auf der Eisenacher Conferenz im Jahre 1853 abgestatteten Bericht über den Zustand der Visitationen in Teutschland, in Moser's allgem. Kirchenblatt 1853 S. 555 flg.

aus Erfahrungen an Ort und Stelle gesammelte Kenntniß von der Beschaffenheit des evangelischen Kirchenwesens in ihrem Bezirke zu verschaffen, vornämlich auf dem Wege des persönlichen Verkehres, wenn auch gleich der Schriftwechsel zur Vervollständigung und Erleichterung dieses persönlichen Einwirkens nicht ganz ausgeschlossen werden soll, die wahrgenommenen Gebrechen möglich schnell zu entfernen, die immer gedeihlichere Entwickelung des Beifallswürdigen zu befördern, nach Befinden jene wie dieses zur Kenntniß der geistlichen Behörde zu bringen und so die denselben übertragene Aufsichtsführung zu erleichtern und wirksamer zu machen" — „Zunächst liegt ihnen das Geschäft der Kirchenvisitationen an denjenigen Orten ob, wo Geistliche angestellt sind, denen die Verwaltung einer Specialsuperintendentur übertragen ist" — „Sie haben in einem jährlichen ausführlichen Verwaltungsberichte ..., dem auch eine Abschrift des von ihnen geführten Reisejournales beizufügen ist, sowohl ihre wichtigsten Erfahrungen und die vorzüglichsten Resultate ihrer persönlichen Vermittelung, als auch insbesondre dasjenige, was sie der Entscheidung der Behörden haben überlassen müssen und ob dieselbe erfolgt ist, anzuführen". Der Cyclus der Visitationen in ihrem Bezirke soll längstens in einem Zeitraume von 4 – 6 Jahren vollendet sein [56]).

3) In den Diöcesen sind als Verwalter der Visitation Superintendenten (s. den cit. Art. Bd. IV, S. 95) bestellt, Inspectoren, Ephoren, Erzpriester (als Nachfolger der Archipresbyter) u. s. w. Das preuß. Landrecht Theil II, Titel XI, §. 152 erklärt geradezu: „Ihr Amt besteht eigentlich nur in der Aufsicht über die zu ihrem Kreise geschlagenen Kirchen und Geistlichen." Je nach dem Umfange des Sprengels sollen sie in Preußen jährlich oder in höchstens drei Jahren, ebenso in Hannover alle drei, in Baden und Oldenburg alle zwei Jahre u. s. w. die sämmtlichen Kirchen inspiciren und die darüber aufgenommenen Berichte dem Consistorium einsenden. Früher wurden auch die Synoden oder Convente zur Visitation benutzt, theils um auf denselben eine Censur zu veranstalten, theils um die Berichte über den Zustand der einzelnen Gemeinden dort abzustatten [57]). Der Superintendent ist zwar verpflichtet, Conflicte zu heben und offenbare Mißstände zu beseitigen, doch ist er zu entscheidenden Verfügungen ohne besonderen Auftrag des Consistoriums nicht befugt [57a]).

4) In den einzelnen Gemeinden liegt, wie in der katholischen Kirche (s. vorhin Nr. 5) dem Pfarrer die Aufsicht ob. Hausbesuche

---

56) S. die angeführte Instruction Nr. 2, 7, 10, 28 u. a. (v. Kamptz, Annalen der inneren Verwaltung B. XIII. S. 277 flg.)

57) S. den Anm. 55 cit. Bericht S. 536. Vgl. die reformirte Generalsynode zu Duisburg von 1610 Art. VIII, Nr. 6 (Jacobson, Geschichte des evangel. Kirchenrechtes von Rheinland-Westphalen. Urkunden S. 769), nach deren Muster auch die übrigen Synoden fortwährend gehalten wurden.

57a) Vgl. z. B. das preuß. Landrecht Th. II, Titel XI, §. 155.

sind gleichfalls üblich. Zu ihnen gehören die schon früher erwähnten sog. Gebetverhöre (s. Anm. 28), aber auch andere, wie z. B. in den preußischen Rheinlanden und in anderen Gebieten. Darüber erklären die Visitationsregeln der Cleve'schen Synode von 1654 und 1670 sich also[58]: „Die häusliche Visitation ist zweierlei. Die erste geschieht ordentlich, wann zur gewissen Zeit absonderlich vor der heil. Communion der Prediger mit Zuziehung eines Aeltesten von Haus zu Haus die Glieder der Kirche thut besuchen und ansprechen. Die andere ist außerordentlich und gehalten von dem Pastor mit Zuziehung eines oder zwei Aeltesten, wann Ketzerei, Irrsachen oder doch notori Aergernisse einschleichen und einreißen wollen." Auch die Abstattung besonderer Pfarrrelationen ist öfter hergebracht.

Die Arten der Visitationen und die Formen, unter welchen dieselben vollzogen zu werden pflegen, sind schon zum Theil vorhin berührt; indessen ist hier noch einiges Nähere anzuführen. Die Visitationen sind überhaupt ordentliche oder außerordentliche. Dieser Unterschied beruht besonders darauf, ob dieselben nach vorheriger Anzeige und ordentlicher Vorbereitung der zu Besuchenden vollzogen werden oder ob dies nicht der Fall ist. So heißt es z. B. in der Dienstinstruction der Superintendenten für die Mark Brandenburg vom 9. Februar 1830 §. 4: „Es bleibt dem Superintendenten unbenommen, wenn Nachrichten, die über das Verhalten eines Predigers oder Schullehrers bei ihm eingegangen sind, oder sonst eingetretene Umstände im Kirchen- und Schulwesen es nöthig machen sollten, auch zu jeder Zeit in seinem Sprengel eine außerordentliche Visitation vorzunehmen, ohne sie vorher bekannt zu machen"[59]). Ein anderer Gesichtspunkt ist außerdem in der großherzoglich hessischen Instruction für die Visitation der Superintendenten genommen. Darnach haben „die ordentlichen Kirchenvisitationen oder im engeren Sinne den Zweck, den gesammten kirchlichen und religiös-sittlichen Zustand einer Gemeinde nach allen seinen Beziehungen zu untersuchen, dabei zu ermitteln, wie derselbe erhalten, gesichert und, wo es nöthig ist, verbessert werden könne"; dagegen „soll durch die außerordentlichen Kirchenvisitationen oder Pfarrvisitationen vorzugsweise die persönliche Würdigkeit und amtliche Treue des Geistlichen geprüft werden ... Sie werden, ohne vorher geschehene Ankündigung, von dem Superintendenten oder in speciellem Auftrage von dem Decan gehalten. Doch kann in geeigneten Fällen das Oberconsistorium auch seine übrigen geistlichen Mitglieder mit Pfarrvisitationen beauftragen"[60]). Mit der Eintheilung der Visitationen in ordentliche und

---

58) Jacobson a. a. O. S. 215 flg.

59) v. Kamptz, Annalen der inneren Verwaltung Bd. XIV, S. 79. Ebenso in der Visitationsordnung für Posen v. 31. October 1838 §. 2, ebenda Bd. 22, S. 931 u. a.

60) Absch. I, §. 1. Absch. II, §. 1, 2 (Moser, allgem. Kirchenblatt 1854 S. 359, 369). Zum Verständnisse dieser Instruction ist zu bemerken, daß die

außerordentliche steht auch die in allgemeine und specielle in einem gewissen Zusammenhange. Es erklärt sich darüber I. H. Boehmer folgendermaßen: Est in plerisque ecclesiis visitatio duplex, vel generalis, vel specialis seu localis. Illa publica auctoritate per deputatos per totam provinciam vel territorium instituitur; haec vero a singulis inspectoribus vel superintendentibus in districto sibi decreto peragitur. Haec ordinaria est et stato tempore expeditur; illa extraordinaria dicenda totiesque locum habet, quoties ecclesiae utilitas illam postulaverit. Denique sicuti haec inspectoribus vel superintendentibus commissa est, ita illa per commissarios ad id specialiter deputatos peragitur[61]). Nach dem vorhin Bemerkten trifft dies jetzt nicht mehr schlechthin zu, da es nicht erst eines besonderen Commissoriums oder einer Deputation zur Vollziehung außerordentlicher Visitationen bedarf, sondern der ordinarius visitator selbstständig darin verfahren darf.

Die Formen, in welchen Kirchenvisitationen vollzogen werden, sind stets sehr verschieden gewesen und auch jetzt local von einander abweichend. Die früher üblichen der Synoden, Ruralcapitel u. s. w.[62]) kommen nur noch ausnahmsweise vor. Brüderliche Censur kann auf ihnen geübt werden, auch wird öfter eine Revision der Witwenkassen der evangelischen Geistlichen bei Gelegenheit der Abhaltung von Conventen vollzogen[63]). Eine ordentliche Kirchenvisitation wird einige Zeit vorher (nach neueren Gesetzen 14 Tage) dem betreffenden Pfarrer angezeigt, unter Angabe des Textes, über welchen derselbe die Visitationspredigt halten soll. Der Pfarrer hält dann eine Conferenz mit seinem Kirchencollegium, in welcher die Anträge und Vorschläge, die bei der Visitation zur Sprache gebracht werden sollen, berathen und zu Protocoll genommen werden. Nach dem Gottesdienste am Visitationstage wird eine Katechese mit der versammelten Jugend veranstaltet und hierauf die Inspection im einzelnen meistens nach den in der vorhandenen Instruction enthaltenen Punkten vorgenommen[64]). Zur Kirchenvisitation ist aber insbesondre der Patron zuzuziehen, da demselben die cura beneficii gebührt[64a]); doch ergeben sich die Grenzen seiner Mitwirkung aus seiner ganzen

---

Decane im Großherzogthum Hessen die Bedeutung der Synodalen, die Superintendenten die der Generalsuperintendenten haben und Mitglieder des Oberconsistoriums sind.

61) Ius eccl. Prot. lib. III. tit. XXXIX. §. 52.

62) L. c. §. 72 sq.

63) Auf diese weist z. B. die preuß. Instruction für die Generalsuperintendenten v. 14. Mai 1829 §. 17 hin; verb. §. 18.

64) Diese schon in älteren Kirchenordnungen und Instructionen vorgeschriebenen Formen (vgl. I. H. Boehmer l. c. §. 75.) sind im wesentlichen auch später beibehalten und zwar, mit den durch die Verschiedenheit der Principien gebotenen Modificationen, ebenso in der römisch-katholischen, wie in der evangelischen Kirche (m. s. Longner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der oberrhein. Kirchenprovinz S. 220).

64a) Vgl. I. H. Boehmer, cit. §. 53.

Stellung, und daß dieselben nicht zu weit extendirt werden, verbietet insbesondre das Tridentinische Concil sess. XXIV. cap. 3. de reform. am Ende: „Patroni vero in iis, quae ad sacramentorum administrationem spectant, nullatenus se praesumant ingerere, neque visitationi ornamentorum ecclesiae, aut bonorum stabilium seu fabricarum proventibus se immisceant, nisi quatenus id eis ex institutione ac fundatione competat."

Gegenstand der Visitation ist Alles, was das äußere und innere Wesen der Kirche und der damit zusammenhängenden Schule betrifft, sowohl in Bezug auf Persönliches als Sachliches. Die Visitationsordnungen enthalten regelmäßig die Fragen, deren Beantwortung bei jedem Objecte der Visitator zu verlangen hat. Die Gegenstände selbst sind 1) das Eigenthum der Gemeinde, resp. der Kirche und die Verwaltung desselben (die Gebäude, Stiftungen, Capitalien, Inventarium, Kirchenrechnungen, Kirchenarchiv u. s. w.); 2) die kirchlichen Personen (Vorsteher, die niederen Beamten, Pfarrer); 3) das kirchliche Leben der Gemeinde (öffentlicher Gottesdienst, Sacramente, Jugendunterricht und Kinderzucht, religiöses und sittliches Leben in den Familien u. s. w.)[65].

Endlich kommt hier noch der Kostenpunkt[66]) in Betracht. Die Visitationskosten werden mit verschiedenen Ausdrücken bezeichnet, welche zum Theil von der Visitation selbst entlehnt sind, wie circata, circuitio, circatura (s. oben bei Anm. 14 u. a.), insbesondre nach der Art der Leistung, wie Gewährung der Wohnung mansio, mansionaticum, albergaria (auberge, Herberge), Verpflegung comestio, obsonium, parata, fodrum (Futter), Dienstleistung servitium u. a. Der allgemeine später gewöhnliche Name ist procuratio[67]). So lange die Bischöfe von sämmtlichen Einnahmen ein Dritttheil oder Viertel bezogen, wurden ihnen für die Visitationen besondere Leistungen nicht gewährt, später erhielten sie eine angemesse Vergütung. So erklärt schon Gregor I. im J. 594: „Visitatores ecclesiarum clericique eorum, qui cum ipsis per non suae civitatis parochias fatigantur, aliquod laboris sui capiant te (episcopo) disponente subsidium. Iustum namque est, ut illi consequantur

65) M. s. wegen der Details die wiederholt citirten Instructionen, vgl. Ferraris, bibliotheca s. v. visitatio nr. 121 sq. — Insbesondre sind in neuester Zeit genauere Vorschriften über die Schulinspection durch die Geistlichen ergangen in Preußen, Hannover, Würtemberg u. a. Ueber die Beaufsichtigung des Religionsunterrichtes an den höheren Lehranstalten durch die Generalsuperintendenten s. m. das preuß. Circular v. 14. Nov. 1854 (Actenstücke des evangel. Oberkirchenrathes Heft VII, S. 39 flg.).

66) Vgl. darüber Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina Pars III. lib. II. cap. XXXII. XXXIII. Ferraris, bibliotheca canonica sub voce: procuratio. I. H. Boehmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. XXXIX. §. 87 sq. G. L. Boehmer, principia iuris canonici (ed. VII.) §. 259 und daselbst cit. Literatur.

67) S. Du Fresne im Glossar bei den einzelnen Wörtern vgl. I. H. Boehmer cit. §. 89 sq.

stipendium, qui pro tempore suum commodare reperiuntur obsequium"[68]). Sehr bald entstanden aber Mißbräuche und schon Gregor I. selbst sah sich genöthigt, die Bischöfe zu ermahnen, bei den Reisen behufs der Firmung (quoties ad consignandos infantes egredimini) den Diöcesanen nicht drückend zu werden (admoneo, ut subiectis vestris non graves studeatis existere)[69]) und alsbald mußten beschränkende Vorschriften dagegen erlassen werden. Das siebente Concil von Toledo vom Jahre 646 verfügte: „Cum episcopus dioecesem visitat, nulli prae multitudine onerosus existat, nec unquam quinquagenarium numerum[70]) evectionis excedat, aut amplius quam una die per unamquamque basilicam remorandi licentiam habeat"[71]). Im fränkischen Reiche folgten dann fortwährend neue Erlasse (s. Anm. 15), welche das Maß der Leistungen festsetzten und so dauerte es durch das ganze Mittelalter fort. Mit der Zeit bildete sich fast überall ein durch Vertrag oder sonst begründetes festes Herkommen, das auch gegenwärtig noch maßgebend ist und nach welchem Victualien oder eine entsprechende Geldsumme oder auch gar nichts entrichtet wird. Das Tridentinische Concil stellt darüber das Princip auf: „Itemque caveant, ne inutilibus sumtibus cuiquam graves, onerosive sint, neve ipsi, aut quisquam suorum quidquam procurationis causa pro visitatione, etiam testamentorum ad pios usus, praeter id, quod ex relictis piis iure debetur, aut alio quovis nomine, quodcunque sit, etiam qualitercunque offeratur, accipiant: non obstante quacunque consuetudine etiam immemoriali; exceptis tamen victualibus, quae sibi, ac suis frugaliter, moderateque pro temporis tantum necessitate, et non ultra, erunt ministranda. Sit tamen in optione eorum, qui visitantur, si malint solvere id quod erat ab ipsis antea solvi, certa pecunia taxata, consuetum, an vero praedicta victualia subministrare, salvo item iure conventionum antiquarum cum monasteriis, aliisve piis locis, aut ecclesiis non parochialibus inito, quod illaesum permaneat. In iis vero locis seu provinciis, ubi consuetudo est, ut nec victualia, nec pecunia, nec quidquam aliud a visitatoribus accipiatur, sed omnia gratis fiant, ibi id observetur"[72]). Die Kosten selbst für die Visitatoren bringen zunächst die Pfarrer auf, denen aber bisweilen gestattet wird, aus dem Kirchenärar sich die Auslagen ersetzen zu lassen[73]); indessen tragen bisweilen auch die Gemeindeglieder die Abgaben. Die oben erwähnten Culm. und

---

68) C. 45. Cau. XII. qu. II.

69) Epist. XI. 20. in c. 9. Cau. X. qu. III. a. 603.

70) Diese auffällige Lesart, für welche manche quinarium gesetzt haben, behält Alexander III. bei in c. 6. X. tit. III. 39.

71) Conc. cit. c. 4. in c. 8. Cau. X. qu. III.

72) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 3. de reform.

73) S. z. B. noch die Verordnung an die Landdechanten der Erzdiöcese Köln v. 22. Decbr. 1827 (Podesta, Sammlung der wichtigsten allgemeinen Verordnungen — des Erzbisthums Köln, Köln 1851, S. 50, 51). Dagegen haben in Ermland die Erzpriester sich die Fuhren aus eigenen Mitteln zu besorgen oder werden von den Pfarrern abgeholt.

Ermländ. Statuten (Anm. 52, 53) erkennen den visitirenden Pfarrern einen Anspruch auf Leistungen zu, welche aus freiwilligen in pflichtmäßige Gaben verwandelt sind. Es heißt dort: „tum demum, postquam seminaverint spiritualia, non erit magnum, si corporalia metant, strenasque, quas vocant, vel porrectiones ab offerentibus ultro accipiant" — „strenasque, quas vocant, Colendas, iuxta ordinationes ab Illustr. Antecessoribus Culmen. factas accipiant." Den Namen dieser Colenden erklärt die Synode von 1745 aus dem Verzeichnisse der Parochianen, welches beim Beginne des Jahres vom Pfarrer früher angelegt wurde: „Quae quidem descriptio fiebat antiquitus Kalendis Ianuarii, unde nunc etiam Kalendas, seu corrupta voce Kolendas vocamus." Auch da, wo Procurationen hergebracht sind, dürfen sie übrigens jährlich nur einmal verlangt werden, auch wenn eine mehrmalige Visitation in demselben Jahre vollzogen werden sollte [74]. Häufig haben in neuerer Zeit die Bischöfe für sich selbst auf Procurationen verzichtet und bestreiten die Ausgaben aus den Einkünften ihrer mensa episcopalis.

In der evangelischen Kirche wurden die Kosten für die Visitationen ursprünglich vom Landesherrn bestritten und späterhin sind dieselben auch häufig den für allgemeine kirchliche Zwecke bestimmten Kirchenfonds auferlegt worden, indessen wurde es auch üblich, den einzelnen Kirchenkassen die Zahlung zur Pflicht zu machen und beim Mangel des Kirchenvermögens von den Gemeinden die Aufbringung des Nothwendigen zu fordern. Sehr gewöhnlich wurde die Stellung des Fuhrwerkes den Gemeinden übertragen [75]. Näheres bestimmen die Particularrechte und dann wieder besondere Localobservanzen. In Preußen erhalten die Generalsuperintendenten von den Kirchen- und Gemeindekassen keine Kosten und Gebühren ersetzt, da sie für den Aufwand, den ihnen das Reisen und die Geschäftsführung verursacht, eine angemessene Entschädigung aus Staatsfonds erhalten [76]. Den Superintendenten wird auch öfter eine entsprechende allgemeine Entschädigung durch Gehalt zu Theil, sonst sind ihnen die Gebühren von den einzelnen Kirchen zu gewähren [77]; die Pfarrer erhalten observanzmäßige Prästationen, wie die sogenannte kleine Calende und dergleichen [78].

H. F. Jacobson.

74) Vgl. Ferraris, s. v. procuratio nr. 37. Richter's Ausgabe des Tridentin. pag. 333. nr. 1.

75) Beispiele bei I. H. Boehmer l. c. §. 104. 106. Das ostpreußische Provinzialrecht von 1801—1802 bestimmt im Zusatze 174: Bei Kirchenvisitationen müssen in Ostpreußen die Gemeinen die Fuhren übernehmen; in Litthauen wird königlicher Vorspann gegeben.

76) Instruction vom 14. Mai 1829 §. 29.

77) So erhält z. B. in der Altmark der Superintendent von jeder Stadtkirche 1 Thlr., von jeder Mutterkirche auf dem Lande ½ und von jeder Tochterkirche ¼ Thlr. (Cabinetsordre v. 30. Jan. 1831, in v. Kamptz, Annalen 1831 Heft 1, S. 52).

78) Vgl. z. B. die Anerkennung dieser Abgabe, als einer dinglichen, in einem Erkenntnisse des preuß. Obertribunals in dessen: Entscheidungen Bd. XX, (Berlin 1851) S. 420.

Vorkaufsrecht und Retract[1]. I. Begriff und verschiedene Kunstausdrücke. Man hat das Vorkaufsrecht und den Retract zu unterscheiden. Rücksichtlich des Vorkaufsrechtes ist bereits in einem früheren Artikel[2]) bemerkt worden, daß sich der Verkäufer nach römischem Rechte bei dem Verkaufe einer Sache durch einen Nebenvertrag (pactum protimiseos, προτιμήσεως) das Recht vorbehalten könne, falls der Verkäufer die Sache in der Folge wieder verkaufen sollte, den Rückverkauf zu fordern; daß der erste Verkäufer dadurch nur ein bedingtes persönliches Recht auf den Rückverkauf erlange, im Falle der Ausübung aber die von einem anderen Käufer gebotenen Bedingungen erfüllen müsse. Das Vorkaufsrecht kann sich aber nicht allein auf einen solchen Nebenvertrag des Kaufes, sondern auch auf letztwillige Verordnung und Gesetz gründen. Derjenige Begriff, welcher sowohl das Vorkaufsrecht als den Retract umfaßt, ist Näherrecht. Darunter wird überhaupt das Recht verstanden, im Falle der Ueberlassung einer Sache an einen anderen unter den Lebendigen den Vorzug vor diesem zu verlangen, wenn dieselben Bedingungen erfüllt werden, welche der erste Contrahent übernommen hat. Dieses Recht kann nun entweder nur so lange, als der Contract noch nicht durch Uebergabe vollzogen ist, ausgeübt werden oder es findet auch nach vollzogener Veräußerung gegen den dritten Besitzer der Sache statt. Im ersten Falle nennt man es das Einstandsrecht, und insofern es sich in der Befugniß darstellt, einen fremden Käufer auszuschließen und statt desselben in den Kauf einzutreten, Vorkaufsrecht. Der Ausdruck Einstandsrecht ist aber von weiterer Bedeutung, indem ein solches nicht blos bei dem Kaufe, sondern auch bei anderen Contracten, z. B. bei dem Pacht- und Miethcontracte, vorkommen kann. Im zweiten Falle heißt das Recht Zugrecht, Retract; Näherrecht im engeren Sinn (ius retractus). Noch kommen verschiedene andere Ausdrücke für das letztere Recht vor, z. B. Einsprache, Abtrieb, Beisprache, Besprechung, Losung, Auslösung, Nähergeltung, Anstand, Beschüttung, Geltung, Anfall, Vernäherung[3]). In den teutschen Rechtsquellen wird der verschiedene Sinn dieser Ausdrücke gewöhnlich nicht streng geschieden, sondern dieselben werden neben einander als gleichbedeutend oder zur Bezeichnung der verschiedenen

---

1) Von den vielen Schriften über das Näherrecht sind außer den bekannten Lehrbüchern des teutschen Privatrechtes hervorzuheben: Walch, das Näherrecht, 3. Aufl. Jena 1795. Grinsinger, gründliche Abhandlung von Losungen, im Comm. über das würtemberg. Landrecht Bd. 3, S. 684. Renaud, zur Lehre vom Näherrechte, insbesondre von der Erblosung nach gemeinem Rechte, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. VIII, S. 240 flg.

2) Vgl. den Art. Kauf und Verkauf Bd. VI, S. 44.

3) Siehe Walch a. a. O. S. 15 flg. Die Ausdrücke Abtrieb und Losung, ersteres besonders im fränkischen, letzteres im schwäbischen Rechte, wiederholen nach der Bemerkung von Beseler, teutsches Privatrecht §. 125, Bd. 2, S. 333, die allgemeinere Bedeutung von Näherrecht.

Seiten desselben Rechtsverhältnisses gebraucht. Der Zweck desselben ist, ein Vorrecht bei dem Kaufe zu gewähren; die Klage gegen den dritten Besitzer ist nur Eines der zu diesem Behufe angewendeten Mittel[4]. Man muß es daher für verfehlt erachten, wenn Manche auf dieses Moment ein ausschließliches Gewicht legen und erst nach Vollziehung des Kaufgeschäftes das Näherrecht für begründet achten[5].

II. Geschichte des Institutes[6]. 1) Das Vorkaufsrecht findet sich bei den Römern. Abgesehen davon, daß der Vertrag, wodurch ein solches begründet werden konnte, als Nebenvertrag des Kaufcontractes erwähnt wird, findet sich mehrfach ein gesetzliches Vorkaufsrecht anerkannt. Das älteste der gesetzlichen Vorkaufsrechte, welches auf Gewohnheitsrecht, das im prätorischen Edicte aufgenommen wurde, beruhte, war das Vorrecht der Creditoren und der Cognaten des Schuldners bei der bonorum venditio. Es wird von Gajus erwähnt[7]. Bei der Ausübung desselben hatten die Creditoren vor den Cognaten und unter den Creditoren derjenige, welcher die größte Forderung hatte, den Vorzug[8]; unter den Cognaten scheint die Nähe des Grades über den Vorzug entschieden, das Vorrecht selbst aber auf die Cognaten bis zum sechsten Grade einschließlich (die personae exceptae) sich beschränkt zu haben. Später hat ein solches Vorkaufsrecht den Cognaten auch bei jedem anderen Verkaufe einzelner Sachen zugestanden, wie sich aus einer Verordnung von Valentinian II., Theodos I. und Arcadius schließen läßt, wodurch dasselbe aufgehoben wird[9]. Daß dasselbe nicht so alt ist, wie das bei der bonorum venditio zustehende, folgt daraus, daß es in den Digesten nicht erwähnt wird, namentlich nicht von Gajus in der in Note 7 angeführten Stelle, sowie daraus, daß es bei der bonorum venditio die Billigkeit erforderte, den dem bonorum emtor etwa daraus entstehenden Vortheil lieber den Verwandten zuzuwenden, als Fremden. Möglicher Weise war auch dann, wenn

4) Beseler a. a. O.

5) Diese Ansicht wird vertheidigt von Walch a. a. O. S. 88. Renaud a. a. O. S. 257, 267. Den von dem Letzteren angeführten Grund, welchen derselbe aus dem Zwecke des Institutes ableitet, Veräußerungen der Grundstücke außerhalb gewisser Kreise zu vereiteln, halten wir für ungenügend. Denn dieser Zweck wird ebensowohl erreicht, wenn in dem Retracte zugleich die Befugniß enthalten ist, in einen durch Uebergabe noch nicht vollzogenen Kauf einzutreten, als wenn derselbe erst gegen den dritten Besitzer für wirksam geachtet wird.

6) Vgl. Walch a. a. O. S. 1—85. Renaud a. a. O. S. 240. Besonders ist letzterer benutzt worden. Wir beschränken uns auf das römische und teutsche Recht und lassen das Näherrecht bei anderen Völkern, namentlich bei den Juden und Griechen, welches Walch ebenfalls in seiner historischen Darstellung berücksichtigt hat, unberührt.

7) L. 16. D. 42. 5. aus Gajus ad edict. provinciale. Vgl. über das Vorrecht Klenze, die Cognaten und Affinen, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. VI, S. 73. Heimbach, Erörterungen Bd. 1, Nr. XV, S. 73 flg.

8) Vgl. die in der vorigen Note erwähnte Stelle.

9) L. 14. C. IV. 38. vgl. mit L. 6. Th. C. III. 1.

ein Cognat den bonorum emtor abgab, die bonorum venditio für den Schuldner nicht mit der sonst eintretenden Schmälerung seiner bürgerlichen Ehre verbunden, obwohl wir keine specielle Nachricht darüber haben. Die Einführung dieses Vorkaufsrechtes der Verwandten bei dem freiwilligen Verkaufe einzelner Sachen wird dem Kaiser Constantin zugeschrieben [10]). Aufgehoben wurde es, wie erwähnt, durch eine Constitution von Valentinian II., Theodos I. und Arcadius, jedoch für das byzantinische Reich durch die Nov. 3. von Romanus dem Aelteren wiederhergestellt. Ein gesetzliches Vorkaufsrecht führte ferner zu Gunsten des dominus emphyteuseos an der Emphyteuse Justinian ein [11]). Auch gehört hierher das von Valentinian I. und Valens zu Gunsten des Fiscus an dem aus den Bergwerken gewonnenen Münzmetall eingeführte Vorkaufsrecht [12]). Das durch Leo und Anthonius erlassene Verbot an die Bürger einer Metrocomie, ihre liegenden Güter an Auswärtige zu veräußern, widrigenfalls der Handel nichtig sein soll [13]), führt kein gesetzliches Vorkaufsrecht zu Gunsten der Einheimischen ein; denn ist der mit einem Auswärtigen geschlossene Handel nichtig, so giebt es keinen Kauf, in welchen ein Einheimischer eintreten könnte [14]). 2) Der Ursprung des Retractes wird von den älteren Juristen, namentlich den französischen, auf das römische Recht zurückgeführt und sich auf die bereits angeführten L. 14. C. IV. 38. und L. un. C. non licere habitatoribus (XI. 56. (55.)) berufen. Zur Geschichte des Institutes führen sie weiter an, daß das Näherrecht der Blutsfreunde durch die angeführte L. 14. C. IV. 38. aufgehoben, dieses Gesetz aber in Gallien nicht publicirt und das abgeschaffte Recht im teutschen Reiche durch eine Constitution Kaiser Friedrich's II. [15]) wieder eingeführt worden sei. Diese Ansicht beruht aber auf einem gänzlichen Mißverständnisse der angeführten römischen Gesetze, welches an einer Verwechselung des Retractes mit dem Vorkaufsrechte seinen Grund hatte. Ueber den wahren den gedachten Stellen beizulegenden Sinn ist bereits vorher das Nöthige bemerkt worden. In diesen Stellen findet sich ebensowenig eine Spur des Retractes wie in anderen, welche man oft deshalb angezogen hat [16]). So irrig die erwähnte Ansicht über den Ursprung des Retractes ist, so mußte sie doch hier deshalb erwähnt werden, weil sie auf die Ausbildung des Retractsinstitutes von unzweideutigem Einflusse war, auch vielfache Irrthümer in Theorie und Praxis daraus zu erklären sind. Der Retract ist seinem

---

10) Iac. Gothofredus ad L. 6. Th. C. III. 1.
11) L. 3. C. IV. 66.
12) L. 1. C. de metallariis (XI. 7. (6.))
13) L. un. C. non licere habitatoribus (XI. 56. (55.))
14) Renaud a. a. O. S. 241.
15) Lib. V. Feud. cap. 13.
16) Es gehören hierher die bereits angeführte L. 16. D. 42. 5. und Plin. epist. Lib. VII. ep. 11.

Ursprunge nach ein rein germanisches Institut, welches sich in einem engen Zusammenhange mit dem alten Stammgutssystem oder dem teutschrechtlichen Grundsatze von der Unveräußerlichkeit der liegenden Güter ausgebildet hat. Insoweit stimmen die Ansichten der Mehrzahl der neueren Juristen überein, während sie im einzelnen, in der geschichtlichen Entwickelung der Entstehung des Näherrechtes aus dem angeführten Princip wieder mannigfach von einander abweichen. Im germanischen Rechtsleben ging der Begriff des Individuums in dem Begriffe der Familie gleichsam auf. Aus dieser Rechtsansicht folgte, daß die Grundstücke, welche der Einzelne erwarb, nicht allein für ihn, sondern auch für dessen Familie erworben wurden, von jenem also ohne Zustimmung dieser Familie nicht veräußert werden konnten, sondern als Stammgüter einem bestimmten Erbgange anheim fielen. Wurde aber ein Grundstück gegen dieses Verbot vom Eigenthümer veräußert, so war das Geschäft nichtig und die Erben des Veräußerers konnten sich binnen Jahr und Tag mit Urtheilen unterwinden, d. h. das Gut gegen jeden Inhaber vindiciren [17]). Darin, daß das Geschäft nur durch Klage aufgehoben werden konnte, liegt, daß es nicht ipso iure nichtig war [18]), nicht einmal bei außergerichtlichem Widerspruche der Erben [19]); das Geschäft war unerlaubt, blieb aber bestehen, wenn es die Erben nicht anfochten. Man muß aber ein doppeltes Recht des Erben hierbei unterscheiden [20]): erstens das Recht, die ohne seine Zustimmung veräußerte Sache auch bei Lebzeiten des Veräußerers zu revociren; zweitens das

17) Sächs. Landrecht B. 1, Art. 52, §. 1. Kl. Kaiserrecht II, 103. Nach älterem Rechte, wie es vor den Rechtsbüchern des Mittelalters galt, scheint die Zustimmung der Erben zur Veräußerung des Grundbesitzes nicht erforderlich gewesen zu sein und nur die Sitte geboten zu haben, ihren Rath zu hören und ihr Interesse nicht willkürlich zu verletzen. Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. I, §. 5. Th. II, Bd. 1, S. 223, N. 17. Nur bei den Sachsen scheint schon früher vor den Rechtsbüchern des Mittelalters von Alters her das Recht der Erben ein stärkeres gewesen zu sein, wie Sandhaas, germanist. Abhandl. S. 163 ausgeführt hat. Selbst Beseler, der doch die spätere Ausbildung des Beispruchsrechtes der Erben behauptet, erst in die Zeit vor den Rechtsbüchern versetzt, giebt eine Ausnahme hinsichtlich der Sachsen zu. Vgl. Beseler, System des teutschen Privatrechtes §. 89, N. 9. §. 124, N. 2. Bd. 2, S. 91 u. 323.

18) Dies liegt nicht einmal in den Worten des verm. Sachsensp. 1, 39, 2 (bei Böhmer, diplom. Beiträge IV, S. 34): „Sint aber der nehestin Erbin czween oder dri oder me, willkom se des alle nicht, so en mag yener das Gut nicht gelassen."

19) Deshalb konnte sich der Veräußerer dem Erwerber für die nachher beizubringende Zustimmung des jetzt dissentirenden Erben verbürgen, wie z. B. in der von Sydow, Darst. des Erbrechtes nach dem Sachsenspiegel u. s. w. N. 628, S. 209, angeführten Basler Urkunde v. 1232 der Vater binnen Jahr und Tag den Sohn zur Zustimmung zu bewegen verspricht, während welcher Zeit die Kirche, welcher die Höfe übertragen waren, in ruhigem Besitze blieb.

20) Vgl. Sydow, Darst. des Erbrechtes S. 220. Pauli, Darst. des Rechtes der Erbgüter nach Lüb. Rechte (Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Bd. 1) S. 131 flg.

Recht, die also zurückgeforderte Sache auch schon bei Lebzeiten des Veräußerers für sich zu behalten. Das Erste tritt gewiß immer ein, wenn der Beschenkte oder Käufer die Sache nicht auf die bloße Einsprache des Erben freiwillig zurückgeben wollte; das Zweite aber setzt nach der Natur der Sache und nach dem klaren Ausspruche des Sachsenspiegels [21]) ein Unrecht von Seiten des Veräußernden voraus, nämlich dessen Absicht, die Sache arglistig, mit Kränkung der Rechte seiner Erben, hinter ihrem Rücken in andere Hände zu bringen [22]), was zu einer Zeit und an Orten, wo es keine Erbebücher gab, und namentlich dann, wenn es ein auswärts gelegenes Gut galt, mithin die gerichtliche Auflassung nicht am Wohnorte des Veräußerers geschah, leicht möglich war. Das Recht der Erben, die ohne ihre Zustimmung veräußerten Grundstücke bei Lebzeiten des Veräußerers nach der Revocation der Veräußerung für sich zu behalten, wird nach dem Vorgange der Rechtsbücher des Mittelalters [23]) von Albrecht [24]) dadurch begründet, daß kraft einer Fiction der widerrechtlich Veräußernde für im Momente der Auflassung sterbend und nach dem bekannten germanischen Grundsatze: der Todte erbt den Lebendigen, die juristische Gewere, das nothwendige Fundament jeder dinglichen Klage, auf den Erben verfällend gilt und hat die Wirkung, daß, obgleich der Erbe das veräußerte Gut ohne Erstattung des Kaufpreises vindicirt und der Veräußerer dagegen Gewähr leisten muß, doch das Gut nicht wieder an diesen zurückkommt, sondern dem Erben verbleibt. Von dem Grundsatze der Unveräußerlichkeit der Grundstücke galt Eine Ausnahme allgemein, nämlich für den Fall, wenn sich ein Grundeigenthümer in echter Noth befand. Diese Ausnahme findet sich schon in der Lex Saxonum [25]), aber nicht im Sachsenspiegel, allein in den gleich darauf folgenden Rechtsquellen [26]). Der Grundeigen=

---

21) Sächs. Landr. B. 1, Art. 52, §. 1: „Gibt her iz weder Rechte, sunder Erben Gelof, die Erbe underwindet sich mit Ordelen, alse ob her dot si, jene der iz dem gab, so her iz nicht geben ne mochte."

22) So heißt es auch in den alten Statuten von Hildesheim (bei Pufendorf, Obs. iur. univ. T. IV. App. p. 287) Art. 2: „Nein man noch nein vrowe moghen nicht vorgheven in erme suchtbedde an der erven lof. Gheven se ock wat hemlike enweh, unde wordet den erven to wetene, se mochten et mit rechte vorderen."

23) Sächs. Landr. B. 1, Art. 52, §. 1. Richtst. Landr. Cap. 25 (Unger): „So frag: nachdem das er das vor Gericht bekent, das er es aufgegeben hab, ob ich mich es icht pillich mit recht unterwinden muge, alsoob er tot wer, nachdem als er es vorgab, als er es nicht vergeben mocht. Das findet man" Schwabensp. Cap. 312, §. 3 (Senkenberg). Sächs. Weichbild Art. 20 (Ludovici). Verm. Sachsensp. 1, 39, 11 (bei Böhme a. a. O. IV, S. 34).

24) Albrecht, Gewere S. 36. Siehe auch Sydow a. a. O. S. 220. Weiske, Privatrecht des Sachsensp. 100.

25) Lex Saxon. Tit. 15. §. 3. Tit. 17. (bei Walter, Corp. iur. Germ. antiqui T. I. p. 389.)

26) Verm. Sachsensp. 1, 38, 1, (bei Böhme a. a. O. IV, S. 31). Hamb.

thümer mußte in einem solchen Falle sein Gut den nächsten Erben anbieten, welche dann die Wahl hatten, ob sie dasselbe für den von einem Anderen gebotenen Preis kaufen oder die den Erblasser drängenden Schulden bezahlen und zugleich das Gut übernehmen oder endlich auf ihr Widerspruchsrecht verzichten wollten 27). Die Beschränkung für den Fall der echten Noth fiel allmälig weg und es durfte nun in der Regel der Eigenthümer seine Grundstücke frei und giltig verkaufen, wofern er nur dieselben seinen nächsten Erben gehörig zum Verkaufe angeboten hatte. War dies aber unterlassen worden, so konnten die Erben noch immer das verkaufte Gut dem Besitzer entwähren. — Die Geschichte der Entwickelung des Eigenthumsbegriffes ergiebt, wie allmälig sich die Idee der Persönlichkeit aus den Fesseln der Familienverbindung emancipirte. Diese Emancipation konnte privatrechtlich nur mit der freien Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers an seiner Sache, ohne die Verpflichtung, dieselbe seinen Erben zum Verkaufe anzubieten, vollständig errungen sein. Ein wichtiger Schritt hierzu geschah nun durch die allmälig aufgekommene Unterscheidung zwischen ererbten und wohlerworbenen Gütern. Letztere werden frei veräußerlich, während bei den ersteren das Vorkaufsrecht der Erben bestehen bleibt. Indessen ist dieser Gang der Entwickelung nicht in allen Rechten befolgt worden. Manche Rechte blieben dem Princip der Rechtsbücher treu und erkennen das Anrecht der Erben auf alle Grundstücke, seien es ererbte oder wohlgewonnene, an; andere beschränken das Anrecht der Erben nur auf Erbgüter 28). Auch ist man später an einigen Orten, wo das Institut beibehalten worden ist, noch einen Schritt weiter gegangen, indem man das Näherrecht als Vorkaufsrecht fallen ließ und nur darauf hielt, daß der Werth des Erbgutes, zu welchem dann auch das ererbte bewegliche Vermögen gerechnet wurde, ungeschmälert an die Erben gelangte 29). Der letzte Schritt zur völligen Freiheit des Eigenthums war der Wegfall des dem Eigenthümer lästigen Vorkaufsrechtes der Erben, wie er gemeinrechtlich jetzt entschieden ist. Wie allmälig dieses Vorkaufsrecht kaum noch den Erben blieb, zeigen, nebst anderen Rechtsquellen, viele Erbrecesse aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts, in welchen man selbst dieses Recht durch ausdrücklichen Vorbehalt sichern zu müssen

Statut v. 1270 1, 8. Andere Quellen führt an Sydow a. a. O. N. 697—699, S. 224.

27) Sydow a. a. O. S. 224 und die daselbst in den Noten 697—701 angeführten Rechtsquellen.

28) Siehe Beseler, teutsches Privatrecht §. 124, N. 6, welcher verschiedene Statuten der einen oder anderen Art anführt.

29) So in Hamburg und Lübeck, zum Theil infolge neueren Gewohnheitsrechtes; s. Hamb. Stadtr. Th. 2, Tit. 8, Art. 3, 4. Th. 3, Tit. 1, Art. 5—4. Lüb. Recht B. 1, Tit. 10, Art. 6. B. 3, Tit. 7, Art. 1, 2. Gries, Commentar Bd. 1, S. 318. Bd. 2, S. 141. Draves, das Recht der Erbgüter (Hamb. 1844) S. 52, 89. Trummer, das Hamburg. Erbrecht (Hamb. 1852) Bd. 1, S. 229. Pauli, das Recht der Erbgüter nach Lüb. Rechte S. 181—200.

glaubte [30]). Wenn aber Renaud behauptet, daß das Vorkaufsrecht bei Erbgütern weggefallen sei und die Stammgutseigenschaft verkaufter Erbgüter sich allein noch darin äußere, daß die Erben des Verkäufers diese gegen Erstattung des Kaufpreises an sich ziehen können, also in dem Retracte [31]), so kann man ihm hierin mit Beseler nicht beitreten [32]). Der Zweck des Näherrechtes ist Gewährung eines Vorrechtes bei dem Kaufe; die Klage gegen den dritten Besitzer ist nur Eines der zu diesem Behufe angewendeten Mittel. — Ueberhaupt sind in der Geschichte des Retractes zwei Perioden zu unterscheiden, in welchen dieses Institut eine verschiedene Bedeutung annimmt [33]). In der Periode seiner Entstehung erscheint nämlich das Näherrecht als ein das strenge Stammgutssystem milderndes, untergrabendes, die Entwickelung des Eigenthumsbegriffes in seiner ganzen Freiheit vermittelndes Institut. Als aber die römischen Rechtsansichten in Teutschland mehr und mehr durchdrangen, bewegliche und unbewegliche Sachen allmälig juristisch gleichgestellt wurden, als der Unterschied zwischen ererbten und wohlgewonnenen Gütern sich nach und nach verwischte, da wäre, von der bisherigen Bedeutung des Retractes aus zu schließen, sein gänzliches Verschwinden zu erwarten gewesen. Umgekehrt aber bildete sich dieses Institut um so üppiger aus, je mehr die römischen Begriffe Geltung erhielten, indem es nun, dem römischen Rechte entgegen, das alte Familiengutssystem aufrecht zu erhalten strebte, wie es früher dem teutschrechtlichen Familienprincip gegenüber die freie Verkäuflichkeit der Güter vermittelt hatte. Besonders war es der Adel, welchem der Retract zur Aufrechterhaltung des alten Familiengutssystems willkommen war, indem das Bestreben der Familien des hohen Adels dahin ging, durch autonomische Beliebungen ihr Vermögen zum Besten des Mannsstammes genossenschaftlich zusammen zu halten, und auch der landsässige Adel, durch das Lehenrecht und die Fideicommißstiftung unterstützt, denselben Zweck, wenn auch mit geringerem Erfolge, zu erreichen suchte. Wie ferner seiner ursprünglichen Bedeutung nach das Näherrecht blos als ein Recht der Blutsfreunde bestanden hatte (Erblosung, Blutzug), so entstehen nun eine Menge anderer Näherrechte, wie die Marklosung, das Nachbarrecht, Ganerbenrecht, Gespilderecht, der Lehensretract u. s. w., wodurch den Veräußerungen des Grundeigenthums außerhalb gewisser Kreise und überhaupt einer Zersplitterung desselben auf jede mögliche Weise entgegengetreten wird. Selbst mißverstandene Stellen des römischen Rechtes trugen zum Emporblühen dieses, dem römischen Rechte feindseligen, Institutes bei. So hat z. B. die schon angeführte L. un. C. non licere habitatoribus (XI. 56. (55.)) auf die Entwickelung der Marklosung

30) Sydow a. a. O. S. 225 und die in Note 702 daselbst angeführten Urkunden.

31) Renaud a. a. O. S. 243.

32) Beseler a. a. O. §. 125.

33) Vgl. Renaud a. a. O. S. 243 flg.

großen Einfluß gehabt. — Was die Zeit betrifft, in welcher das Institut des Retractes aufgekommen ist, so wird dasselbe zum ersten Male auf unzweideutige Weise in einer Constitution Kaiser Friedrich's II.[34]) erwähnt. Nach der Behauptung von Leyser (siehe Note 34) soll durch diese Constitution der Retract, wenigstens die Erblosung, in Teutschland eingeführt worden sein. Es ist aber nicht bekannt, daß diese Constitution jemals in Teutschland publicirt worden sei, und wahrscheinlich ist sie, wie Beseler vermuthet, für Neapel und Sicilien erlassen worden, wofür schon der Umstand sprechen dürfte, daß die vollständige Constitution, wie sie Pertz mitgetheilt hat, aus einer neapolitanischen Handschrift herausgegeben ist. Auch ließe sich bei Annahme der Leyser'schen Ansicht nicht erklären, wie der Retract in Teutschland gemeinen Rechtens geworden ist, noch weniger aber, wie dieses Institut sich in Frankreich und Spanien, kurz in allen Staaten germanischen Ursprunges gleichmäßig entwickelte. Entschieden ist jene Constitution in Teutschland niemals recipirt worden. Das Institut des Retractes ist durch das Gewohnheitsrecht entstanden. Renaud findet die erste Erwähnung desselben in den Quellen des teutschen Rechtes in der erwähnten Constitution Friedrich's II., während dagegen die mit dieser Verordnung beinahe gleichzeitigen Rechtsbücher, der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel, noch nichts davon enthielten. Er zieht daraus den Schluß: zur Zeit, als Friedrich II. seine Constitution gab, war das Näherrecht in Teutschland noch keineswegs zu einer allgemeinen Geltung gelangt; es war sogar noch wenig verbreitet, lag im Keime und zählte mithin noch kein hohes Alter. Darin, daß der Retract in seiner jetzigen Gestaltung kein Product der ältesten Zeit sei, stimmen auch andere Germanisten überein[35]), sowie auch darin, daß er ein Erzeugniß des Gewohnheitsrechtes sei. Rücksichtlich der Stellung der erwähnten Constitution Friedrich's II. zu der Geschichte des Institutes bemerkt Renaud noch Folgendes. Er wirft im rechtsgeschichtlichen Interesse die Frage auf, wie denn der Kaiser dazu gekommen sei, diese Constitution in so eigenthümlicher Form zu erlassen, daß, aus letzterer zu schließen, man geneigt sein möchte, an die Einführung eines ganz neuen Rechtsinstitutes zu denken. Er bemerkt darüber: das sich entwickelnde Retractrecht habe bei der feindseligen Stellung, welche es zu dem nach Teutschland eindringenden römischen Rechte einnahm, bei den römisch gebildeten Ju-

34) Lib. V. Feud. cap. 13., wo sie zum größeren Theile von Cujacius mitgetheilt ist. Die ganze Constitution, jedoch ohne Datum und zum Theil abweichend, ist nach einer Handschrift des Museums Bourbon zu Neapel herausgegeben in Pertz, Monum. German. Leges T. II. p. 332. Ueber die Giltigkeit dieser Constitution für Teutschland s. Leyser, Med. ad Pand. Sp. 193. med. 1. 2. Stryk, Usus mod. Pand. XVIII. 1. §. 16., besonders Renaud a. a. O. S. 246. Beseler a. a. O. §. 125, N. 8.

35) Beseler a. a. O. §. 124, 125. Phillips, teutsches Privatrecht Bd. 1, §. 76. (3. Ausg.) Walter, teutsches Privatrecht §. 386. Gerber, teutsches Privatrecht §. 175, N. 1 u. 2.

risten nicht beliebt sein können; es habe somit in der Natur der Sache gelegen, daß sie dasselbe als eines der wenigen Ueberbleibsel des alten Stammgutssystems, möglichst zu unterdrücken suchten. Hierzu habe ihnen die L. 14. C. IV. 38. die Hand geboten, welche mißverstehen wollend oder wirklich mißverstehend, sie die Ungiltigkeit des teutschen Institutes aus dem Verbote des kaiserlichen Rechtes behaupteten. Bei diesem Sachverhalte nun sei es ganz angemessen gewesen, wenn der Kaiser das durch die romanisirenden Juristen angefochtene Retractsrecht durch gesetzliche Sanction in Schutz nahm und sich hierbei der Worte bediente: Sancimus a modo ..., indem von nun an das vermeintliche Verbot der L. 14. cit. aufgehoben sein sollte. Diese Bemerkung widerlegt sich dadurch, daß nicht bekannt ist, daß diese Constitution jemals eine Beziehung auf Teutschland gehabt hat, vielmehr nach der sehr wahrscheinlichen Vermuthung von Beseler das Gegentheil anzunehmen ist. — Was die heutige Geltung und Bedeutung des Retractes anlangt, so ist darüber Folgendes zu bemerken [36]). Das Näherrecht in seiner ursprünglichen Bedeutung als Erblosung entwickelte sich mit Nothwendigkeit aus den Grundprincipien des teutschen Rechtes und mußte daher nicht blos in Teutschland, sondern in allen den Ländern zur Geltung gelangen, wo germanische Stämme ihre Nationalrechte hinverpflanzt hatten, z. B. in den französischen Provinzen das droit coutumier, in Spanien, Italien u. s. w. Was aber insbesondre Teutschland anlangt, so ist es unzweifelhaft, daß die Erblosung daselbst überall vorgekommen sei, obwohl sie schon früh durch das Ueberbringen römischer Rechtsbegriffe und den Einfluß römisch gebildeter Juristen an einzelnen Orten wegfiel [37]). Dasselbe läßt sich dagegen von den übrigen Arten des Retractes nicht behaupten, da diese ihre Begründung keineswegs in der zeitgemäßen Entwickelung der germanischen Grundprincipien gefunden haben, sondern aus dem Kampfe des teutschen Rechtes mit dem fremden Rechte hervorgegangen sind, ihre Einführung oder Nichteinführung am einzelnen Orte daher dem zufälligen Umstande, daß germanisches oder römisches Recht hier oder dort das Uebergewicht hatte, beizumessen ist [38]). Die Juristen stimmen größtentheils darin überein, daß die Erblosung früher in Teutschland überall vorgekommen und daß sie noch im 16. Jahrh. daselbst gemeinrechtlich gewesen sei. Dennoch behaupten sehr viele Germanisten, daß sie heutzutage nicht mehr gemeinrechtlich sei [39]), während Andere wieder die gemeinrechtliche Geltung

36) Renaud a. a. O. S. 246 flg.

37) Vgl. Frankfurt. Reformation II, 4, §. 1. Langensalzaer Statuten v. 1556 Tit. 12 (bei Walch, Beitr. z. teutschen R. Bd. 7, S. 278).

38) Nur der Lehnsretract macht hier eine Ausnahme, indem er sich auf das longobard. Lehnrecht gründet. II. Feud. 9. §. 3. Maurenbrecher, teutsches Privatr. §. 314, S. 677.

39) Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatr. §. 99. Mittermaier, Grundſ. des teutschen Privatr. §. 285. Gerber a. a. O. §. 175. Walter a. a. O. §. 389. Beseler a. a. O. §. 125, Nr. IV.

behaupten[40]). Am ausführlichsten hat Renaud diese Streitfrage behandelt. Er findet die Ansicht der Gegner unbegreiflich. Wenn nämlich zugegeben sei, daß die Erblosung früher in Teutschland gemeinrechtlich war, so daß also derjenige, welcher sich darauf berief, das Dasein dieses Institutes nirgends beweisen mußte, sondern vielmehr die Vermuthung dafür sprach, so müsse dieselbe Vermuthung als heutzutage noch geltend betrachtet werden, so lange man nicht ein für ganz Teutschland verbindliches Gesetz oder eine allgemeine Rechtsgewohnheit nachweisen könne, wodurch diese Vermuthung zerstört worden sei. Wie viele Particularrechte man auch anzuführen im Stande sei, worin das Näherrecht abgeschafft worden, so könne dieses unmöglich auf die für frühere Zeiten zugegebene Rechtsvermuthung der Erblosung zerstörend einwirken. Wir können uns nur der ersteren Ansicht anschließen. Die schon öfters erwähnte Constitution Friedrich's II. ist für diese Frage, wie auch Renaud selbst anführt, ohne Einfluß. Auch kann man allerdings nicht, wie Einige gethan haben[41]), die Aufhebung der gemeinrechtlichen Geltung der Erblosung in Teutschland auf die bereits angeführte L. 14. C. IV. 38. stützen, da diese Stelle nach dem früher Bemerkten gar nicht vom Retracte spricht. Allein so sehr auch das Näherrecht in seinen verschiedenen Verzweigungen früher in allen germanischen Staaten verbreitet war, so großer Begünstigung sich auch dieses Institut als ein dem einheimischen Rechte angehöriges, als ein Damm, welcher dem um sich greifenden römischen Eigenthumsrechte entgegengesetzt werden konnte, erfreute, so ist doch unleugbar im neueren und heutigen Rechte seine Stellung infolge des demokratischen Principes des Güterbesitzes, welches sich besonders seit dem Anfange dieses Jahrhunderts geltend machte, aber auch schon früher im einzelnen durchzubrechen angefangen hatte, eine ganz veränderte, und es äußert sich, wie Renaud selbst zugiebt, eine starke, fast allgemein verbreitete Tendenz zu seiner Aufhebung. Es ist mithin die Rechtsüberzeugung eine andere geworden, und diese reicht hin, die obige Vermuthung, auf welche man sich beruft, zu zerstören. Es kommt nur darauf an, daß sich diese veränderte Rechtsansicht gehörig kund thut. Dies kann aber nicht bezweifelt werden. Sie thut sich kund durch die Stimmen der Männer der Wissenschaft, welche, mit wenigen Ausnahmen, sich gegen die gemeinrechtliche Geltung der Erblosung erklären. Sie thut sich ferner kund durch die zahlreichen teutschen Particularrechte, welche den gesetzlichen Retract aufhoben. Man kann darin nicht willkürliche Satzungen des Gesetzgebers für jedes einzelne Land erblicken, sondern diese zahlreichen Aufhebungsgesetze erscheinen alle als Ausflüsse einer veränderten Rechtsansicht, eines dem früher vorhandenen entgegengesetzten Rechtsbewußtseins. Wir übergehen hier ältere

40) Renaud a. a. O. S. 247 flg. Phillips a. a. O. §. 76. Bd. 1, S. 521. 3. Aufl.

41) Z. B. Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 180.

Particularrechte, worin, wie z. B. in der Frankfurter Reform II, 4, §. 1 und den Langensalzaer Statuten von 1556 Tit. 12, der Retract verboten wird, indem das Motiv hierzu in einem vermeintlichen Verbote des römischen Rechtes und nicht etwa in inneren Gründen gegen das Retractsinstitut lag, letzteres vielmehr in den angeführten Gesetzen als ein solches anerkannt wird, welches der Ehrbarkeit und der Billigkeit ganz gemäß sei. Von den neueren teutschen Gesetzen hingegen, worin sich die bezeichnete Tendenz gegen das Institut des Näherrechtes ausgesprochen findet, sind folgende hervorzuheben[42]). Vor allem gehört hierher das österreichische Gesetz vom 22. Juli 1784, wodurch jede Art des Retractes aufgehoben wird, und das in demselben Sinne abgefaßte bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Dieses kennt nur noch ein auf Vorbehalt des Verkäufers bei dem Kaufe vorbehaltenes Retractsrecht, welches aber, um den dinglichen Charakter zu erlangen, in die öffentlichen Bücher eingetragen werden muß[43]). Die Verordnung wegen Abschaffung des Beispruchsrechtes vom 8. Februar 1794 für die Herzogthümer Schleswig und Holstein, Herrschaft Pinneberg, Grafschaft Ranzau und Stadt Altona erklärt den Retract für „eine im ganzen gemeinschädliche, mit mehrerem Nachtheile als Nutzen für den Staat verbundene Einrichtung, die das Wohlgefallen des Eigenthümers an dem Seinigen schwächet, den Untersuchungsgeist ebenso oft niederschlägt als ermuntert, die Gewinnsucht unterhält und unter Blutsfreunden, Nachbarn und Mitbürgern häufige Zwistigkeiten und verderbliche Processe nach sich zieht." Dieselbe Tendenz der Gesetzgebung spricht sich in dem allgemeinen preußischen Landrechte von 1794 aus. Obgleich nämlich dasselbe sowohl ein durch Privatwillkür begründetes, als ein gesetzliches Näherrecht anerkennt, so spricht es doch dem Nachbarrechte und dem Gespilderechte eine gemeinrechtliche Geltung ab und bestimmt, daß der Retract bei Stammgütern künftig nicht ausgeübt werden soll, wo derselbe nicht durch besondere Provinzialgesetze, Statuten oder giltige Familienverträge bereits eingeführt worden sei[44]). Durch eine Verordnung v. 9. October 1807 §. 3 wurden übrigens die Bestimmungen des allgemeinen Landrechtes dahin beschränkt, daß ein gesetzliches Vorkaufsrecht und Näherrecht fernerhin nur bei Lehnherren, Erbzinsherren, Erbverpächtern, Miteigenthümern und da eintreten solle, wo eine mit anderen Grundstücken vermischte oder von ihnen umschlossene Besitzung veräußert werde[45]). Schon früher als in den bisher erwähnten Particulargesetzgebungen, waren im Königreiche Sachsen als gesetzliche Näherrechte nur der Lehnsretract[45a]) und derjenige, welchen Descendenten an

42) Vgl. Renaud a. a. O. S. 248 flg.
43) Oesterr. bürgerl. Gesetzb. §. 1072 1079, 1140, 1141.
44) Preuß. Landr. Th. I, Tit. 20, §. 650 flg. Th. II, Tit. 4, §. 227, 228.
45) Vgl. auch die kgl. preuß. Ablösungsordnung v. 2. März 1850 §. 4.
45a) Const. Elect. Saxon. 48. 50. P. II. v. 1572. Torgau. Ausschreiben vom 8. Mai 1583 Tit. Welchergestalt die Agnaten u. s. w. Lehnsmandat vom 30. April 1764 Tit. VI, §. 4.

Erbstammgütern auszuüben befugt sind [46]), anerkannt; letzterer ist jedoch ein bloßes Vorkaufsrecht. Hinsichtlich der übrigen Retractsarten, z. B. hinsichtlich des Gespilderechtes und Nachbarrechtes, galt schon seit dem 17. Jahrhundert der Grundsatz, daß sie nur in Gemäßheit besonderer Statuten oder Gewohnheiten vorkommen können [47]). Seit dem Ende des vorigen und dem Anfange dieses Jahrhundertes folgt nun eine Reihe von Gesetzen, wodurch in verschiedenen kleineren teutschen Staaten das Näherrecht bedeutend beschränkt oder auch ganz aufgehoben wurde [48]). Noch stärker als in Teutschland hat sich die angeführte Richtung der Gesetzgebung gegen den Retract in Frankreich und in der Schweiz ausgesprochen. Das französische Recht kennt keine Art von Näherrecht; die Behauptung mehrerer Juristen, daß im Art. 841 des Code noch eine Art des Retractes vorkomme (retrait successoral) [49]), wird von Anderen als unrichtig bezeichnet [50]). Ebenso ist auch in den meisten Schweizer Kantonen der Retract aufgehoben [51]), z. B. in Genf, so nach dem Waadtländer Civilgesetzbuche von 1821, im Luzerner Gesetzbuche von 1831, im Freiburger Civilcodex von 1834. Beibehalten wurde der Retract besonders in Graubündten und dann auch in Bern. Allein auch hier wurde dieses Institut mannigfach beschränkt. In Bern z. B. galten unter der Herrschaft der alten und der neuen Gerichtssatzung

46) Const. elect. Saxon. 31. P. II.

47) Siegel de iure congrui in Thuringia. Lips. 1726. Haneccius, de praediis principaliter divisis iure congrui non retrahendis. Viteb. 1736. Kind, Quaest. for. Tit. II. cap. 74. 75. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 218.

48) Aufgehoben ist der Retract in Kurköln durch Gesetz v. 5. August 1789, in Sachsen-Weimar durch Patent v. 7. Juni 1799 (mit Ausnahme des Gespilderechtes und der Marklosung), in Jülich-Berg durch Edict v. 6. Mai 1803, in Nassau durch Gesetz v. 29. März 1808, im Großherzogthum Hessen durch Gesetz v. 15. März 1812, in Baden durch Gesetz v. 3. Mai 1808, Landrecht Art. 1701. Gesetz v. 21. Juli 1839, in Oldenburg durch Gesetz v. 14. August 1814 §. 13, in Würtemberg durch Gesetz v. 2. Mai 1815, in Schwarzburg-Rudolstadt durch die Verordnungen v. 9. December 1811 und v. 23. September 1816, in Altenburg durch Patent v. 24. September 1819 §. 1 und Regierungsverordnung v. 11. März 1825 (schon früher war das auf das Mandat v. 5. Juni 1767 sich gründende Einstandsrecht des Adels bei Rittergütern durch Patent v. 13. Jan. 1804 abgeschafft worden), in Kurhessen durch Gesetz v. 3. August 1822, in Bremen durch die Handfestenordnung von 1833 §. 12, in Schwarzburg-Sondershausen durch Rescript v. 17. December 1840. In Bayern sind alle Näherrechte, das der Familie ausgenommen, aufgehoben. Vgl. Bernhard, Grundriß des bayer. Landrechtes S. 121, 153. Die Koburg. Verordnung v. 19. Sept. 1812 §. 1 hebt mit Ausnahme des Näherrechtes aus dem Grunde des ungetheilten Miteigenthums, des Retractes der Mitbelehnten bei Lehngütern und des Lehnherrn bei Rittergütern, alle übrigen auf Gesetz oder Statut sich gründenden Retracte auf; nur der dem Landesherrn zustehende Territorialretract ist durch eine Verordnung v. 15. August 1814 wieder eingeführt.

49) Maurenbrecher a. a. O. §. 314, N. 10. Rolland de Villargues, répert. du notariat, m. retrait successoral. Massé et Lherbette, iurisprud. et style du notariat, T. III. nr. 798.

50) Renaud a. a. O. S. 250.

51) Siehe Renaud ebd. S. 250 flg.

neben der Erblosung noch der lehnherrliche Retract und die sogenannte Lehensergänzung [52]). Die beiden letzteren Arten hob man auf und behielt nur die Erblosung im neuen Civilgesetzbuche bei. Die mit der Entwerfung desselben beauftragte Commission behielt aber auch diese Art des Retractes mit Widerwillen bei, weil sie sich scheute, durch Streichung derselben zu sehr von dem erhaltenen Auftrage abzuweichen, „in ihrem Entwurfe die wesentlichen Grundsätze des vaterländischen Rechtes sorgfältig beizubehalten." Die Commission erachtete in ihrem Vorberichte zu dem revidirten Gesetzbuchsentwurfe das Zugrecht für den Verkehr eher für nachtheilig als zuträglich, weil es die Veräußerungsbefugniß des Käufers eine Zeit lang beschränke und viele Processe veranlasse. In dieser Aeußerung dieses Vorberichtes sowie in den früher erwähnten Motiven der schleswig-holsteinischen Verordnung über Abschaffung des Beispruchsrechtes sind denn auch die Hauptgründe enthalten, welche gewöhnlich gegen das Näherrecht geltend gemacht werden und durch deren Geltendmachung dieses früher so sehr begünstigte Institut in einen fast allgemeinen Mißcredit verfallen ist. Schon Leyser macht dem Retracte den Vorwurf, daß er die Freiheit des Verkehres im höchsten Grade störe, viele Kaufgeschäfte verhindere, unzählige Processe verursache und überhaupt ein odiöses Institut sei. Hierin stimmen ihm auch die meisten neueren Juristen bei. Am kräftigsten und ausführlichsten erklärt sich gegen den Retract der jüngere Runde [53]). Bei der Ungewißheit des historischen Grundes des Näherrechtes, sagt dieser Schriftsteller, hat der Richter keinen Leitfaden für seine Entscheidungen. Denn die geschriebenen Gesetze führen zwar das Näherrecht ein, allein sie bekümmern sich nicht um die Näherrechtssätze, und wenn der Richter nun das lückenhafte Gesetz aus der Theorie ergänzen will, so findet er auch diese Quelle verstopft oder trübe, da es keine feste Theorie eines Rechtsinstitutes geben kann, wo Natur und Grund desselben noch im Zweifel sind. Daher sind die Beispruchsprocesse langwierig und Tummelplätze der Chicane. Selten, fährt Runde fort, wird der Beisprechende sein Recht ohne alle Nebenabsichten ausüben, wohl aber oft dasselbe zur Befriedigung persönlicher Feindschaft oder zur Erpressung von Versprechungen geltend machen. Wenn man aber als Schutzwehr gegen solche Mißbräuche des Losungsrechtes den Beispruchseid aufführen wollte, so wäre dies trüglich, da man einen derartigen Eid (auf den bloßen animus) immer mit gutem Gewissen schwören kann, wofern er nicht widernatürlich enge ist. Wenn man diesen Gründen mit Renaud [54]) noch beifügt, daß die Retractsprocesse gerade unter Mitbürgern, Markgenossen, den nächsten Nachbarn und den nächsten Blutsverwandten entstehen, also Verhältnisse stören, wo Verträglichkeit eine

52) Neue Gerichtssatzung Th. I, Tit. 21, 22, Satz 10, 11. Berner Gesetz über Zugrecht v. 7. Jan. 1806.

53) Christ. Ludw. Runde, patriotische Phantasien S. 17 flg.

54) Renaud a. a. O. S. 252.

moralisch gebotene Pflicht ist; wenn man ferner berücksichtigt, daß die Philosophie der Gesetzgebung mit den wichtigsten Gründen die Beschränkungen des vollen Eigenthums und der freien Dispositionsbefugniß bekämpft, so wird man sich nach Runde vollends von der Verwerflichkeit des Retractes überzeugen müssen, eines Institutes, welches noch obendrein der Vorwurf der Unbilligkeit trifft, wenn der Käufer es nicht in seiner Macht hat, sich von dem Dasein eines Retractsrechtes zu unterrichten, d. h. überall, wo nicht der Grundsatz durchgeführt ist, daß kein Privatrecht anerkannt werde, welches nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen worden ist. Ungeachtet dieser dem Retractsinstitute gemachten Vorwürfe haben sich jedoch neuerdings wieder Vertheidiger desselben gefunden. Es ist hier nur Reyscher zu erwähnen, welcher einen Ausfall von Weishaar gegen den Retract überhaupt, welchen derselbe als „ein mit der Achtung für Gerechtigkeit und bürgerlichen Verkehr nicht gut vereinbares Institut" ansieht, für einseitig erklärt, da dieser Tadel doch nur die Ausartung des Retractes treffen könne, nicht aber den Retract selbst, in welchem er ein natürliches Heilmittel gegen nachtheilige Güterzersplitterung findet[55]). Renaud findet mit Reyscher bei genauerer Betrachtung die meisten der gegen dieses Institut vorgebrachten Gründe nur gegen die Abarten desselben zutreffend, wo nicht überhaupt völlig haltlos[56]). Erstens wird dem Institute Ungewißheit vorgeworfen; die Gesetze, die es einführen, sagt man, verweisen auf die Theorie, die Theorie selbst aber ist schwankend und lückenhaft, weil die wahre Natur und der Grund des Näherrechtes zweifelhaft sind. Dagegen bemerkt Renaud, es seien dies offenbar keine Gründe gegen das Näherrecht selbst, wenn man dasselbe auf seine ursprüngliche Gestaltung zurückführe; diese Vorwürfe träfen vielmehr, und nicht ohne Grund, Gesetzgeber und Juristen, von denen die ersteren sich bei der Abfassung von Gesetzen über den Retract zu sehr auf die Theorie verlassen, die letzteren aber noch keine feste und consequente Theorie aufgestellt hätten. Die Unmöglichkeit, eine solche Theorie zu gewinnen, weil sich kein sicherer historischer Grund des Institutes angeben lasse, sei zwar hinsichtlich mehrerer Arten des Retractes richtig, nicht aber hinsichtlich der Erblosung, welche sich unzweifelhaft aus dem alten germanischen Stammgutssystem oder dem Familienprincip entwickelt habe. Gerade aus dem Umstande aber, daß die Juristen seit geraumer Zeit hinsichtlich des Näherrechtes sich einer auffallenden Trägheit schuldig gemacht hätten, indem sie sich ohne selbstständige umfassende Forschung einander abgeschrieben und hierdurch in diese Lehre die grellsten Widersprüche und Ungereimtheiten allmälig sich eingeschlichen hätten, sei großentheils der Widerwille der Juristen gegen dieses Institut zu erklären. Ein zweiter dem Näherrechte gemachter Vorwurf besteht darin, daß es öfters aus Nebenabsichten,

55) Reyscher, würtemberg. Privatrecht §. 427, N.* und N. 15.
56) Renaud a. a. O. S. 253 flg.

zur Verfolgung unlauterer Zwecke ausgeübt werde und dagegen auch der Beispruchseid nicht schütze. Renaud findet auch in diesem Vorwurfe keinen zureichenden Grund gegen den Retract, weil es kein Recht gebe, welches nicht öfters in malitiöser Absicht ausgeübt würde, und weil jeder Eid von solchen Leuten, welche sich mit ihrem Gewissen leicht vertragen, falsch geschworen werden könne, ohne daß dieselben sich eines Meineides recht bewußt seien. Ein dritter Einwand gegen das Näherrecht ist, daß es die verderblichsten Streitigkeiten unter Mitbürgern, Markgenossen, Nachbarn und Blutsverwandten erzeuge. Renaud giebt hier Runde und Anderen mit Reyscher zu, daß einige Retractsarten, z. B. die Landlosung, Marklosung, als Abarten des Näherrechtes, besser abgeschafft würden. Allein hinsichtlich der Erblosung findet er diesen Vorwurf sehr einseitig; am häufigsten nämlich würden die Erblosungsstreitigkeiten gewiß nicht unter Blutsverwandten, sondern gerade unter einander ganz fremden Personen verfochten; denn die Erblosung komme ohne Zweifel da am häufigsten zur Anwendung, wo Jemand ein Gut außerhalb seiner Familie verkauft habe, so daß nun ein Blutsverwandter des Verkäufers dasselbe gegen den fremden Käufer retrahire. Was endlich die gegen das Näherrecht geltend gemachten Gründe der Gesetzgebungsphilosophie, welche für die Unbeschränktheit des Eigenthums und die Freiheit der Dispositionsbefugniß sprächen, betrifft, so bemerkt Renaud, daß gerade auf dieser Freiheit der Dispositionsbefugniß die Zulässigkeit des conventionellen und testamentarischen Retractes beruhe, und daß man ferner sehr unrichtig die Gründe, welche oft gegen die Lehens- und Colonatverhältnisse, Reallasten u. s. w. geltend gemacht wurden, auf den Retract beziehen würde. Durch jene Rechte nämlich sei eigentlich nicht das Eigenthumsrecht beschränkt, sondern es würden Beschränkungen der persönlichen Freiheit an den Grundbesitz geknüpft, während bei dem Näherrechte eine wirkliche Eigenthumsbeschränkung, und zwar in ganz ähnlicher Weise, wie bei Hypotheken, stattfinde. Trotz aller Philosophie der Gesetzgebung werde man aber niemals alle Eigenthumsbeschränkungen, wie Dienstbarkeiten, Pfandrechte u. s. w. abschaffen wollen oder können, und die Frage, inwieweit dieses geschehen solle, werde der Politik anheimfallen und werde nicht anders als mit Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse eines Landes richtig gelöst werden können. Dem Vorwurfe der Unbilligkeit endlich, welcher dem Näherrechte dahin gemacht wird, daß überall, wo nicht das Princip der Oeffentlichkeit durch Grundbücher hinsichtlich der Realrechte durchgeführt sei, der Käufer aus ihm unbekannten Rechtsverhältnissen verurtheilt werde, glaubt Renaud durch die Unterscheidung zwischen gesetzlichem und auf Privatwillkür begründetem Retracte begegnen zu können. Bei jenem nämlich sei der Käufer immer im Stande zu wissen, ob das betreffende Gut dem Retracte unterworfen sei oder nicht, und weiß er es nicht, so habe er es seiner Rechtsunwissenheit beizumessen. Nur bei dem durch Privatwillkür bestellten Retracte sei es also denkbar,

daß Jemand aus ihm unverschuldeter Weise unbekannten Rechtsverhältnissen verurtheilt werden könne; allein für diese Art des Näherrechtes sei ja in den meisten neueren Gesetzen die Eintragung in die Grundbücher geordnet. Somit bleibe also der gedachte Vorwurf nur auf dem conventionellen und testamentarischen Retracte des gemeinen Rechtes haften, wo er aber ebensogut auf jede Gattung der dinglichen Rechte bezogen werden könnte. Zu einer richtigen Würdigung des Näherrechtsinstitutes glaubt Renaud von folgenden Gesichtspunkten ausgehen zu müssen. Bei dem gesetzlichen Näherrechte sei vorerst die Erblosung von den übrigen Retractsarten zu trennen. Wie jene nämlich ein nothwendiges Ergebniß aus einem Grundprincip des teutschen Rechtes war, so seien dagegen diese, außerhalb eines jeden Princips, aus einem Oppositionsgeiste gegen das römische Recht, obgleich oft aus mißverstandenen römischen Gesetzen hergeleitet, entstanden. Hingegen die Erblosung habe sich aus dem alten Grundsatze der Unveräußerlichkeit der Güter zu Gunsten der Familienglieder herausgebildet, indem die Strenge des Principes allmälige zeitgemäße Milderungen erfuhr. Wo also das Princip noch bestehe, wo das Band der Familie im Staate noch von rechtlicher Bedeutung sei, wo die Veräußerung ererbter Güter vom Todestage an unzulässig sei, da werde die Erblosung gewiß noch am Platze sein, während umgekehrt dieses Institut als etwas Ungereimtes erscheine, wo die Familienverbindung im Staate ganz in den Hintergrund getreten sei. Was aber das conventionelle und testamentarische Näherrecht anlangt, so werde die Zulässigkeit ihrer Bestellung umsomehr anerkannt werden müssen, als die Tendenz der Gesetzgebung die Freiheit der Dispositionsbefugnisse des Eigenthümers begünstige und in dieser Freiheit die Befugniß zur Begründung derartiger Rechte liege. Ungeachtet alles dessen, was Renaud zur Vertheidigung des Retractsinstitutes vorgebracht hat, halten wir doch die dem Institut gemachten Vorwürfe für nicht entkräftet. Bleiben wir bei dem ersten Vorwurfe stehen, so mag allerdings die Gesetzgeber und Rechtsgelehrten die ihnen von Renaud beigemessene Schuld treffen; damit wird aber die Ungewißheit, welche hinsichtlich des Institutes vorhanden ist, nicht beseitigt, und selbst die Erkenntniß, daß die Erblosung aus dem alten germanischen Stammgutssystem sich entwickelt habe, hat noch bis jetzt zu einer allgemein als richtig anerkannten Theorie über das Retractsrecht nicht geführt, wie die zahlreichen Streitigkeiten der Germanisten über die juristische Natur dieses Rechtes beweisen. Die Richtigkeit des Einwandes gegen den zweiten Vorwurf muß man unbedingt zugeben. Was den dritten Vorwurf betrifft, so giebt Renaud dessen Richtigkeit hinsichtlich einzelner Retractsarten zwar zu, nicht aber in Ansehung der Erblosung. Wir müssen den Vorwurf, daß das Retractsrecht unzählige Processe erzeuge, aus eigener langjähriger Erfahrung bestätigen und erachten schon aus diesem Grunde, zumal auch die Entscheidung wegen der vielen Controversen häufig sehr schwierig ist, eine Beseitigung des

ganzen Institutes für ein Bedürfniß. Was insbesondre die Erblosung betrifft, so ist zwar wohl der Fall der häufigste, daß ein Blutsverwandter des Verkäufers gegen den fremden Käufer retrahirt; es ist aber eben sowohl der Fall möglich, daß ein näherer Verwandter gegen einen entfernteren retrahirt. Ueberdies steht die Erblosung ohne Beschränkung auf einen Grad der Verwandtschaft zu, und der Mangel einer solchen Beschränkung, vermöge dessen selbst die entferntesten Verwandten retrahiren können, erscheint als ein wesentlicher. Auch der dem Näherrechte gemachte Vorwurf der Unbilligkeit ist durch die von Renaud gemachte Unterscheidung zwischen gesetzlichem und durch Privatwillkür begründetem Retracte nicht beseitigt. Wenn Renaud darauf Gewicht legt, daß bei dem gesetzlichen Näherrechte der Käufer immer im Stande sei, zu wissen, ob das betreffende Gut dem Retracte unterworfen sei oder nicht, und wenn er es nicht wisse, er dies seiner Rechtsunwissenheit beizumessen habe, so ist dabei übersehen, daß das gesetzliche Näherrecht nicht immer auf publicirten Landesgesetzen, deren Nichtkenntniß dem Käufer doch allein zur Schuld angerechnet werden kann, sondern viel häufiger auf Statuten, welche oft nicht einmal gedruckt sind, oder gar blos auf localem Gewohnheitsrechte beruht. Eine Kenntniß der letzteren Rechtsquellen haben aber oft nicht einmal die Einheimischen; selbst die Gerichte sind nicht immer vollständig davon unterrichtet. Umsoweniger kann die Unbekanntschaft mit einem auf solchen localen Rechtsquellen beruhenden Näherrechte dem Nichtjuristen zur Last gelegt werden. Es kommt aber auch noch hinzu, daß selbst, wenn das gesetzliche Näherrecht feststeht, doch auch hierbei factische Verhältnisse in Frage kommen, deren Unkenntniß dem Käufer in keinem Falle zur Schuld angerechnet werden kann, weil er selbst, wenn er Erkundigung einziehen wollte, keine hinreichende Kenntniß davon erlangen kann. Nehmen wir den Fall, daß die Erblosung gesetzlich feststeht. Der Käufer, welcher vielleicht das Gut gar nicht kaufen würde, wenn er dessen Retrahirung von Seiten eines Verwandten des Verkäufers zu befürchten hätte, erkundigt sich bei dem Verkäufer, ehe er kauft, ob und welche Verwandte desselben existiren. Der Verkäufer ist aber gar nicht im Stande, ihm darüber hinreichende Auskunft zu geben, weil er, da die Erblosung ohne Beschränkung auf einen Grad zusteht, einen vollständigen Stammbaum zusammenstellen müßte, denselben aber bis auf die entferntesten Verwandten gar nicht beschaffen kann. Der Verkäufer wird dem Käufer immer nur seine nächsten, ihm bekannten Verwandten bezeichnen können und es wird vielleicht gerade von Seiten eines ganz entfernten Verwandten, dessen Dasein dem Verkäufer unbekannt war, der Retract geltend gemacht. Hier hat der Käufer seinerseits alles Mögliche gethan, um Erkundigung über die bestehenden factischen Verhältnisse zu erhalten und doch keine hinreichende Auskunft bei demjenigen, wo er solche am besten erlangen konnte, erlangt. Es ist also nicht wahr, was Renaud sagt, daß nur bei dem durch Privatwillkür bestellten Retracte die Mög-

lichkeit der Verurtheilung Jemandes aus ihm unverschuldeten Rechtsverhältnissen denkbar sei.

III. Gemeinsames und Unterschiede des Vorkaufsrechtes und des Retractes. 1) Gemeinsam haben beide Rechte a) die Entstehungsgründe. Das Vorkaufsrecht sowohl als der Retract können auf Gesetz oder auf Privatwillkür beruhen. Letztere kann durch einen Vertrag oder durch letzten Willen erklärt werden. Man unterscheidet daher ebenso bei dem Vorkaufsrechte, wie bei dem Retracte ein gesetzliches, vertragsmäßiges und testamentarisches Vorkaufsrecht, bezüglich Retractsrecht. Auf die Frage, ob gemeinrechtlich ein Retract durch Vertrag begründet werden könne, ist später besonders einzugehen. b) Zweck beider Rechte ist die Ausschließung eines Dritten von dem Besitze einer Sache. c) Beide Rechte können nur mittelst Erfüllung aller derjenigen Bedingungen, welchen der Dritte sich unterworfen hat, ausgeübt werden. 2) Unterschied zwischen beiden Rechten ist folgender: a) das Vorkaufsrecht, wenn es auch regelmäßig nur bei dem Kaufe vorkommt und daher auch den Namen hat, kann auch bei anderen Geschäften, z. B. bei dem Miethcontracte vorkommen; der Retract setzt aber regelmäßig eine Ueberlassung durch Kauf voraus. b) Das Vorkaufsrecht kann bei beweglichen und unbeweglichen Sachen vorkommen, der Retract hat lediglich Grundstücke zum Gegenstande. c) Das Vorkaufsrecht ist nur ein persönliches Recht, welches nur gegen den Verkäufer oder den anderen Contrahenten dahin geht, daß er die Sache demjenigen, welcher das Vorkaufsrecht hat, anstatt eines anderen Käufers überlasse; der Retract hat auch Wirksamkeit gegen den dritten Besitzer; das erstere begründet blos eine persönliche Klage, der letztere eine der dinglichen Klage insofern ähnliche, als sie auch gegen den dritten Besitzer gerichtet werden kann. — Für die fernere Darstellung fassen wir vorzugsweise den Retract in das Auge, da die meisten der bei ihm vorkommenden Controversen auch bei dem Vorkaufsrechte zur Sprache kommen. Die Fälle des gesetzlichen Vorkaufsrechtes sind bereits bei der Geschichte des Institutes angegeben worden.

IV. Insbesondre vom Retracte. A. Arten des Retractes. Die wichtigsten Arten des Retractes sind: 1) die Erblosung (retractus gentilitius s. ex iure consanguinitatis). Ueber den Ursprung dieser ältesten Retractsart ist bereits in der Geschichte des Institutes berichtet worden, namentlich wurde erwähnt, daß nach der zur Zeit der Rechtsbücher des Mittelalters bestehenden Rechtsansicht Grundstücke, welche ohne Genehmigung der Erben veräußert waren, von diesen wie anerstorbenes Gut an sich gezogen werden konnten. Es fragt sich, wer von den Erben oder Verwandten zum Einspruche bei Veräußerungen berechtigt war, m. a. W. wessen Zustimmung zur Rechtsbeständigkeit einer solchen Veräußerung erfordert wurde[57]). Darüber

---

57) Vgl. darüber besonders Sydow, Darst. des Erbrechtes nach dem

giebt weder der Sachsenspiegel, noch eine der ihm verwandten Quellen Auskunft; denn überall wird nur ganz allgemein „der Erven Gelof" gefordert und nirgends gesagt, bis zu welchem Grade der Verwandtschaft der Widerspruch der Erbberechtigten die Veräußerung ungiltig gemacht habe. Nur im Hamburg. Rechte an dem Orte, wo bei Dispositionen über wohlgewonnenes Gut den Erben ein bloßes Vorkaufsrecht zugestanden wird, wird gesagt, der Veräußernde solle es zweien seiner nächsten Freunde anbieten [58]), und dies ist wenig bestimmt, da man noch fragen kann, ob das Vorkaufsrecht allen Erben in den beiden in concreto nächsten Graden oder Klassen zugestanden habe oder ob man, um giltig zu veräußern, nur zwei Personen (etwa den beiden ältesten) aus der nächsten Klasse der Erben das Grundstück zum Kaufe anzubieten brauchte. Noch unbestimmter ist der Sachsenspiegel [59]). Denn wenn auch aus der in der Note angeführten Stelle folgt, was dieses Rechtsbuch an einem anderen Orte ausdrücklich sagt [60]), daß der Vormund, d. h. der nächste Schwerdtmage, auch Nichterbe sein könne, d. h. entfernter verwandt, als diese Inhibitionsbefugniß reicht, so bleibt doch immer unbekannt, wie weit die näheren cognatischen Erben zu dem Einspruche berechtigt waren. Es war sehr wohl möglich, daß in den dem Verfasser des Rechtsbuches vorschwebenden Fällen sehr entfernte Schwerdtmagen zur Geschlechtsvormundschaft berufen waren. Sydow hat sich bemüht, aus einer Vergleichung der Angaben der consentirenden Erben in zahlreichen Urkunden des 12., 13. und 14. Jahrhunderts ein bestimmtes Resultat zu erlangen, bekennt aber selbst, daß ihm dies keineswegs gelungen sei, indem er nirgends ein festes Princip, eine allgemeine Beschränkung auf gewisse Grade habe entdecken können. Das Ergebniß seiner Untersuchung ist folgendes: a) die meisten Urkunden lassen über die zustimmenden Personen im Dunkeln, indem sie sich des ganz allgemeinen Ausdruckes: consensu omnium heredum nostrorum oder consentientibus heredibus legitimis bedienen, welchem einige hinzufügen: natis et innatis oder praesentibus et successuris. Was die zur Zeit der Veräußerung noch nicht Geborenen betrifft, so ergiebt der Sachsenspiegel [61]) nur, daß bei Bestellung einer Leibzucht ihr nachheriger Widerspruch ohne Einfluß sei. In manchen Urkunden ist zwar der Ausdruck: omnes heredes näher bestimmt, indem er entweder den näheren Verwandten entgegengesetzt wird oder indem die nächsten Verwandten, namentlich die Söhne, dadurch bezeichnet werden; dadurch ist aber nichts gewonnen, weil im ersten Falle gar nicht erhellt, wie weit die

---

Sachsenspiegel §. 43, S. 198—219. Pauli, Darst. des Rechtes der Erbgüter nach älterem Lüb. Rechte §. 18, S. 135 flg. §. 19, S. 140 flg.

58) Hamb. Statut v. 1276 I, 6, v. 1292 C. I.

59) Sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 2.

60) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 2: „wen ez ist dicke ein der Kinder Vormunde und ein ander ir Erbe."

61) Sächs. Landr. B. 1, Art. 21, §. 2.

ferneren Verwandten darunter begriffen werden und weil sich im zweiten Falle auch noch der Consens anderer Verwandten daneben angegeben findet. Ebensowenig fruchtet die Unterscheidung zwischen heredes mediati et immediati in einigen Urkunden und auch die oft angeführte Einwilligung der heredes et coheredes — wo heredes in der Regel die Descendenten, coheredes die Geschwister sind — führt zu keiner Bestimmung der Grenzen, innerhalb welcher die Zustimmung erfordert wurde. Freilich ergiebt sich daraus, daß regelmäßig die Einwilligung der Kinder und Geschwister nöthig gewesen sei; aber dadurch, daß neben den coheredes oft noch der Consens anderer fernerer Verwandten angeführt und daß selbst dieser Ausdruck häufig in einem unbestimmteren Sinne gebraucht wird, verliert auch dieses Resultat wieder seine Bedeutung. b) Eine absolute Bestimmung der Gradesnähe der Consentirenden findet sich, wie Sydow gezeigt hat, nicht, sondern es kommt nur auf relative Nähe an, d. h. auch entfernte Verwandte sind zum Einspruche berechtigt, wenn keine näheren vorhanden sind. Sydow hat deshalb, von der ersten Parentel ab, die Verwandten durchgegangen, welche als die einzigen oder doch nächsten Einwilligenden genannt werden. Nicht hierher gehört der in den meisten Urkunden bemerkte Consens der Ehefrau; denn entweder ist die besondere Beschaffenheit des Gegenstandes der Veräußerung die Ursache ihres Zustimmungsrechtes, wenn nämlich das von dem Manne veräußerte Grundstück ihr gehört oder ihr eine Leibzucht daran bestellt ist, oder ihre Zustimmung beruht auf einem wirklichen Erbrechte in die Immobilien des Mannes, welches letztere sie aber nach dem Sachsenspiegel nicht hat. Noch weniger gehört hierher der in manchen Urkunden bemerkte Consens der Schwiegertöchter und Schwägerinnen. Dagegen bedarf es der Einwilligung der Schwiegersöhne, Schwäger u. s. w. ebenso sehr als der der Töchter, Schwestern u. s. w., da letztere ohne Zustimmung ihrer Ehemänner nach dem Sachsenspiegel kein Gut, mithin auch keinen Erbanspruch veräußern können. Die einzelnen Consentirenden sind: aa) die Söhne, nach dem Sachsenspiegel die nächsten aller Erben, deren Zustimmung in vielen Urkunden als wesentlich nothwendig erscheint. Da für unmündige Söhne die Zustimmung der volljährigen Erben nicht präjudicirlich war, so wurde die Veräußerung dadurch zu bekräftigen versucht, daß der Vater oder die Mutter entweder sich selbst für die nachträgliche Zustimmung der Unmündigen verbürgten oder andere Bürgen stellten, welche dann die Verpflichtung hatten, entweder die Zustimmung der Söhne binnen einer bestimmten Frist nach erreichter Volljährigkeit beizuschaffen oder dem Erwerber des Grundstückes das Interesse zu leisten. bb) Die Töchter, für deren Zustimmung im Falle ihrer Unmündigkeit eben so, wie bei den Söhnen, Bürgen vorkommen. cc) Enkel hat Sydow nicht als nächste consentirende Erben gefunden, wohl aber häufig zugleich neben Söhnen und Töchtern; auch finden sich Beispiele von ihnen angefochtener Veräußerungen. dd) Der Vater. ee) Die Mutter. ff) Die

Brüder, deren Einwilligung nicht nur sehr oft bemerkt wird, sondern deren Bürgschaft auch für den später beizubringenden Consens unmündiger Brüder nicht selten vorkommt. gg) Vollbürtige sowohl als halbbürtige Schwestern. hh) Geschwisterkinder, für deren nachträgliche Zustimmung sich auch Bürgen finden. ii) Geschwisterenkel. kk) Großeltern kommen neben Ascendenten ersten Grades unter den Consentirenden vor. ll) Vatersbrüder. mm) Mutterbrüder. nn) Mutterschwestern. oo) Vatergeschwisterkinder, Vaterschwestern, Muttergeschwisterkinder oder noch entferntere Verwandte hat Sydow nicht ausdrücklich als Consentirende aufgeführt gefunden. c) In Betracht der Mehrzahl der von ihm angeführten Urkunden, in welchen diese oder jene der eben aufgezählten Verwandten als nächste Erben des Veräußerers ihre Einwilligung geben, sagt Sydow, müsse man geneigt sein, anzunehmen, daß nur der Consens der zur Zeit der Veräußerung nächsten Erben erfordert worden sei. Er führt dafür noch den Sachsenspiegel[62]) an, nach welchem eine den Frauen bestellte Leibzucht weder durch nachgeborene Erben, noch durch Jemanden, auf den das Gut erstirbt, angefochten werden kann, sowie verschiedene andere Zeugnisse, z. B. eine Urkunde von 1293, worin nur der Beistimmung der Söhne gedacht wird, während die damals lebenden Töchter des Veräußerers, die in einer anderen Urkunde von 1285 mit ihren Brüdern zugleich consentiren, nicht erwähnt werden; ferner ein Weisthum von 1312, worin nur der Consens der propinquissimi heredes erfordert wird; dann eine Urkunde von 1208, worin es heißt: quod quivis homo nobilis aut liber, carens propinquioribus coheredibus, scilicet uxore et pueris, rite potest in praedio suo proprietatis ecclesiam fundare et instruere, non obstante, si reliquorum heredum quis reclamaret; endlich zwei Magdeburger Schöffenurtheile, das eine, worin es heißt, daß es, so lange Kinder des Veräußerers vorhanden seien, des Consenses der entfernteren Erben nicht bedürfe[63]); das andere, worin den Kindern der Vatersschwester das Widerspruchs- und Anfechtungsrecht versagt wird, weil noch eine Mutterschwester als nähere Erbin vorhanden sei[64]). Auch durch alle diese Zeugnisse hält Sydow die Meinung, daß nur der Consens der zur Zeit der Veräußerung nächsten Erben erfordert worden sei, nicht für genügend bewiesen. Denn was die angeführte Stelle des Sachsenspiegels betrifft, so glaubt er, sie werde nicht nur theilweise dadurch entkräftet, daß der Einspruch der Erben sich nicht auf die Bestellung der Leibzucht im allgemeinen, sondern nur auf die Größe des dazu bestimmten Grundstückes beziehen durfte[65]), sondern sie möge sich auch vielleicht vorzugsweise auf solche Erben beziehen,

---

62) Sächs. Landr. B. 1, Art. 21, §. 2.

63) Magdeb. Schöffenurtheil aus dem Brieger Codex bei Böhme, diplom. Beiträge Th. VI, S. 139.

64) Magdeb. Schöffenurtheil bei Böhme a. a. O. S. 95.

65) Hasse, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IV, S. 74. Sydow a. a. O. S. 192.

welche früher consentirt, aber nicht widersprochen hatten, und solle dann nur sagen, daß derjenige, welcher zur Zeit der Bestellung der Leibzucht (oder binnen Jahr und Tag nachher) nicht Einspruch gethan habe, dazu nicht mehr befugt sein solle, wenn die Proprietät auf ihn vererbt werde. Was die anderen Zeugnisse betrifft, so hält er die Nichtberücksichtigung der Töchter in der Urkunde von 1293 für wenig beweisend, da sie ganz zufällige Gründe haben könne; die Urkunde von 1208 spreche einen ganz anderen Satz aus als die Magdeburger Schöffenurtheile, indem jene absolut nur den Descendenten ein Widerspruchsrecht zugestehe, während diese doch auch den Consens der nächsten Sippe in der dritten Parentel erforderten. Daß aber die Zustimmung der in concreto nächsten Erben nicht genüge, sondern daß man regelmäßig Verwandte verschiedener Grade bei den Veräußerungen zugezogen habe, schließt Sydow aus vielen der von ihm angeführten Urkunden, in welchen omnes heredes oder omnes heredes et coheredes genannt und damit Erbberechtigte sehr verschiedener Klassen bezeichnet werden. Noch unzweifelhafter scheint ihm dies zu sein, wenn man in Betracht ziehe, welche verschiedene Grade der Erben neben einander in Urkunden als Consentirende erscheinen. Unter anderen werden folgende neben einander aufgeführt: aa) Sohn und Tochter; bb) Sohn und Enkel; cc) Sohn und Vater oder Mutter; dd) Sohn, Mutter und Schwester oder Bruder; ee) Sohn, Schwester, Großmutter, Vatersschwester und „alle Erben und Miterben"; ff) Sohn, Tochter und Bruder; gg) Sohn oder Tochter und Bruder; hh) Sohn, Tochter, Bruder oder Schwester und Geschwisterkinder; ii) Tochter, Enkel, Bruder und Brudersohn; kk) Sohn, Mutter und Mutterbruder; ll) Sohn und Vatersbruder; mm) Sohn, Schwester und Schwestersohn; nn) Tochter, Bruder und Brudersohn; oo) Vater und Großvater; pp) Mutter und Bruder; qq) Mutter, Bruder und Schwester; rr) Bruder und Schwester; ss) Bruder, Schwester und Brudersohn oder Schwestersohn; tt) Schwester und Schwestersohn; uu) Bruder und „alle rechte Erben"; vv) Bruder, Vetter und „die übrigen Verwandten". d) Sydow zieht aus allem diesem das Resultat: aa) es waren zwar nicht alle in so großer Zahl in den Urkunden als einwilligend aufgeführten Verwandten zum Widerspruche gegen die Veräußerung befugt; sondern das Streben der Contrahenten, insbesondre der Geistlichen, auch jede entfernte Möglichkeit einer Anfechtung ihrer Erwerbungen zu vermeiden, veranlaßte die Einholung des Consenses so Vieler. Es wird dies in Urkunden so ausgedrückt: es sei die Veräußerung geschehen consensu omnium heredum, quorum consensus de iure vel de facto fuerat requirendus, und an anderen Orten wird wirklich die abundans ecclesiae cautela eingestanden. bb) Aber nicht nur die in concreto nächsten Verwandten jeden Grades hatten das Widerspruchsrecht und, wenn die Veräußerung schon erfolgt war, das Revocationsrecht, sondern auch anderen Verwandten in uns unbekannten Grenzen, welche durch Gebrauch und Autonomie in ver-

schiedenen Gegenden und zu verschiedenen Zeiten mannigfach bestimmt waren, stand es zu. — Diesem Resultate kann aber nicht allenthalben beigepflichtet werden[66]). Zwar kann man das zu aa) gezogene Resultat unbedenklich zugeben; allein das zu bb) gezogene kann nicht als richtig anerkannt werden, und man muß vielmehr mit Pauli als berechtigt zum Widerspruche und zum Revocationsrechte nur die zur Zeit, wo das eine oder andere geltend gemacht werden muß, nächsten Erben des Veräußerers betrachten. Es folgt dies schon daraus, daß, wie Sydow selbst ausgeführt hat und früher bereits bemerkt wurde, die Revocationsklage dem Erben schon bei Lebzeiten des Veräußerers zustand und die Succession für das veräußerte Grundstück anticipirt wurde, indem der Veräußerer als verstorben galt. Galt der Veräußerer als verstorben und wurde die Succession anticipirt, so konnten auch nur diejenigen, welche zur Zeit der Veräußerung die nächsten Successionsberechtigten waren, revociren. — Fragt man, wem nach Ausbildung des Retractsrechtes, welches den Namen der Erblosung führt und welches aus jenem alten Beispruchsrechte der nächsten Erben entstanden ist, dieses Näherrecht zukomme, so ist die Antwort, daß es nach älterem Rechte unzweifelhaft nur denjenigen zukam, welche früher das Beispruchsrecht gehabt hatten, also denjenigen, welche jedesmal zur Zeit der Veräußerung die nächsten waren[67]). Spätere Rechtsquellen haben die Befugniß in der Regel weiter ausgedehnt, indem sie entweder allen erbfähigen Verwandten den Retract zugestehen oder, was das Gewöhnliche ist, den Seitenverwandten nur bis zu einem gewissen Grade[68]). Unter den Berufenen, für welche dieselbe Frist zur Ausübung ihres Rechtes läuft, hat dann der nähere Erbe den Vorzug[69]). 2) Die Marklosung (retractus ex iure metrocomiae s. incolatus), bei städtischen Grundstücken auch Bürgerretract genannt. Sie steht den Gemeindegliedern zu, wenn die in deren Bezirk (Feldmark, Stadt) gelegenen Grundstücke an einen Auswärtigen verkauft werden. Sie ist zu unterscheiden von der Landlosung (retractus territorialis), welche dem Inländer gegen den Ausländer zusteht, der ein im Lande gelegenes Grundstück erwirbt. 3) Die Nachbarlosung, Fürnossenrecht, Nachbarrecht (retractus ex iure vicinitatis). Nur die unmittelbare Nachbarschaft der Grundstücke begründet dieses Näherrecht, für welches besondere Gesetze und Gewohnheiten manches Eigenthümliche bestimmen. 4) Das Ge-

66) Vgl. Pauli a. a. O. S. 140 flg. Beseler, teutsches Privatrecht §. 124.

67) Dieser Grundsatz findet sich auch noch in späteren Statuten, z. B. Zweibrücker Untergerichtsordnung Cap. 106. Hamb. Stadtr. Th. 2, Tit. 8, Art. 3. Lüb. Stadtr. B. 3, Tit. 7, Art. 1.

68) Rechtsquellen der ersteren Art führt an Beseler a. a. O. §. 124, N. 9. Den Seitenverwandten wird der Retract selten über den vierten Grad hinaus eingeräumt.

69) Walch a. a. O. S. 337 flg.

spilderecht, Theillosung (retractus ex iure congrui). Eigenthümer von Grundstücken, welche früher zusammengehörig und Ein Ganzes bildend, von einander getrennt sind, können, wenn eines derselben verkauft wird, ein Näherrecht geltend machen. Begründete die ursprüngliche Verbindung die Gemeinschaft der Zins- und Frohnpflicht, so heißt der Retract Zins- und Frohnlosung. Dieses Näherrecht ist häufig da, wo der gesetzliche Retract sonst abgeschafft wurde, zum Zwecke der Wiedervereinigung getrennter Grundstücke, hauptsächlich im Steuerinteresse, beibehalten worden. 5) Das Näherrecht aus dem Grunde des Miteigenthums, auch Ganerbrecht (retractus ex iure condominii). Es steht einem in der Gemeinschaft eines Gutes sich Befindenden zu, wenn der Mittheilhaber seinen intellectuellen Theil an einen Dritten verkauft. Dahin gehört auch die Dachlosung, welche dem Miteigenthümer eines getheilten Hauses zusteht, an dem verkauften Antheile eines Hauses, welches unter Einem Dache mit dem seinigen steht. Auch kommt es noch in anderen Fällen vor[70]). 6) Der Lehensretract (retractus feudalis), welcher dem Lehenherrn sowohl als den Agnaten am Lehen zusteht[71]). 7) Der gutsherrliche Retract, bei dem Verkaufe der im Obereigenthume einer Grundherrschaft befindlichen Bauergüter, nicht mit dem Rechte der Einwilligung in Veräußerungen zu verwechseln. Andere Näherrechte, wie die der früheren unmittelbaren Reichsritterschaft[72]), des landsässigen Adels bei dem Verkaufe von Rittergütern[73]), haben, obgleich späteren Ursprunges, entweder nur noch eine geschichtliche Bedeutung oder hängen mit anderen hier nicht näher zu erörternden Rechtsverhältnissen zusammen[74]). Bringt man diese verschiedenen Retractsarten unter gemeinsame Gesichtspunkte, so lassen sich unterscheiden: 1) Retracte, welche Erhaltung eines Gutes für die Familie bezwecken; dahin gehört die Erblosung und der Retract der Lehensfolger; 2) Retracte, welche auf eine politische Verbindung gegründet sind; dahin gehören die Marklosung und die Landlosung. 3) Retracte, deren Zweck ist, die Erhebung der auf einem Grundstücke ruhenden Leistungen zu erleichtern, wohin die Zins- und Frohnlosung gehört. 4) Retracte, welche der Zersplitterung des Grundeigenthums entgegenwirken sollen. Dahin gehören: der Retract aus dem Grunde des Miteigenthums, das Gespilderecht und die Nachbar-

---

70) Siehe z. B. Hamburg. Stadtr. Th. 2, Tit. 8, Art. 5. Auch bei dem Verkaufe von Schiffsparten kommt z. B. nach dem preuß. Landr. Th. II, Tit. 8, §. 1437 flg. vgl. mit Th. I, Tit. 20, §. 573, unter Mitrhedern ein Retractsrecht vor, welches in diesem Falle ausnahmsweise auf bewegliche Sachen geht.

71) Das Nähere über diese Art des Retractes siehe in dem Art. Lehensveräußerung Bd. 6, S. 596—601.

72) Vgl. darüber Walch a. a. O. S. 419—450.

73) S. darüber Walch a. a. O. S. 451—456.

74) Im älteren Rechte kommt auch ein Näherrecht des Zinsherrn an dem belasteten Grundstücke vor. S. Kraut, Grundriß des teutschen Privatrechtes §. 145, N. 33, 34.

losung. 5) Retracte, deren Zweck ist, die getheilten Eigenthumsrechte wieder in Einer Hand zu vereinigen. Dahin gehören: der Retract des Lehnherrn und des Grundherrn.

B. Juristische Natur des Retractes. Eine sehr bestrittene Frage ist die nach der dinglichen oder persönlichen Natur des Näherrechtes, oder die Frage, ob die Retractsklage eine dingliche oder eine persönliche, und im letzteren Falle, ob sie eine actio in rem scripta sei oder nicht. Der Streit ist durch die Geschichte der Ausbildung des Näherrechtes und das Mißverständniß dieses Institutes von Seiten der romanisirenden Juristen zu erklären[75]. Der ursprüngliche Zweck des Näherrechtes in seiner volksthümlichen Bedeutung ist darauf gerichtet, gewissen Personen wegen ihrer Stellung in der Familie oder Gemeinde oder infolge besonderer Eigenthumsverhältnisse einen Vorzug bei der Veräußerung fremder Grundstücke zu gewähren, ohne die Veräußerung selbst zum Nachtheile des Eigenthümers zu beschränken. Daher findet es sich nur bei dem Kaufgeschäfte, bei welchem es für den Verkäufer in der Regel nur auf die Höhe und Sicherheit des Kaufpreises ankommt, und zwar ausschließlich zum persönlichen Vortheile des Berechtigten, so daß die Ausübung des Rechtes zum Besten eines Dritten und die Abtretung an einen Anderen durchaus verboten ist[76]. Außerdem aber war das Institut mit solchen Einrichtungen umgeben worden, welche geeignet erschienen, es schnell und bestimmt festzustellen, ob der Nähergelter sich seines Rechtes bedienen wollte oder nicht und also eine dem Geschäftsverkehr nachtheilige Verzögerung zu verhindern. Zur Erreichung dieses Zweckes kamen zwei Mittel zur Anwendung. Wo blos das Näherrecht weniger in der Regel genau bekannter Personen in Frage stand, wie der nächsten Erben oder der unmittelbar angrenzenden Nachbarn, da mußte der Eigenthümer diesen den Vorkauf anbieten; war aber die Zahl der Berufenen größer wie bei der Erblosung, welche sich nicht allein auf die Nächsten beschränkte, oder bei der Marklosung, so wählte man das Mittel der öffentlichen Bekanntmachung und verschaffte dadurch den Betheiligten Gelegenheit, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen. In beiden Fällen konnte dann eine kurze Frist zur Abgebung der Erklärung bestimmt werden und nur für den Abwesenden war, wie bei der Auflassung, eine Fristerstreckung bis zur Zeit der Wissenschaft nothwendig. War aber das Angebot oder die Verkündigung unterblieben oder nicht gehörig bewirkt worden, so war entweder, wie einzelne Rechtsquellen bestimmen, der abgeschlossene Verkauf nichtig oder der übergangene Nähergelter war berechtigt, binnen einer gewissen

---

75) Vgl. Beseler a. a. O. §. 125.

76) Dies schreiben fast alle Statuten vor und es beruht dies auf der Natur des Institutes, wie es sich positiv ausgebildet hat. Im Falle des Verdachtes mußte der Nähergelter schwören, daß er sein Recht für sich selbst ausübe. Dies ist in vielen Gesetzen ausdrücklich bestimmt. Beispiele solcher Gesetze führt an Beseler a. a. O. §. 125, N. 2.

Frist in das Geschäft einzutreten, und dies war die gewöhnliche Folge[77]). Sowie aber den romanisirenden Juristen das Verständniß und die Fähigkeit zur Weiterführung des teutschen Rechtsformalismus überhaupt abging, so war dies auch bei dem Näherrechte der Fall. Sie erkannten wohl die wichtigen Formen des Angebotes und der Verkündigung und behielten sie theilweise in den von ihnen ausgearbeiteten Gesetzen bei; aber sie entzogen der ersteren Einrichtung wieder ihre Bedeutung, indem sie eine Erklärung des Nähergelters auf das Angebot nicht für nothwendig hielten, dieselbe auch nach der strengen Regel über die Auslegung des Verzichtes beurtheilten, überhaupt aber die kurzen Fristen des älteren Rechtes mit der vor Jahr und Tag vertauschten, und so dahin gelangten, den Retract als ein selbstständiges von seiner geschichtlichen Entwickelung und thatsächlichen Voraussetzung getrenntes Institut aufzufassen. — Was die bestrittene Frage selbst betrifft, so sagt Walter[78]): das Retractsrecht sei auf eine eigenthümliche Weise gemischt; der zum Retract Berechtigte habe zwar nicht schon das Eigenthum, doch aber die Möglichkeit, Eigenthum zu erwerben. Diese Möglichkeit sei offenbar eine unmittelbare Beziehung zur Sache selbst. Ebenso erwerbe jeder neue Erwerber das Grundstück, belastet mit der Möglichkeit, retrahirt zu werden. Es liege also dem Retractsverhältnisse auf beiden Seiten etwas dingliches zu Grunde. Allein die daraus hervorgehende Retractsklage sei vorherrschend obligatorischer Natur; sie sei nicht unmittelbar gegen das Grundstück, sondern gegen die Person des Erwerbers gerichtet und gehe dahin, daß derselbe verpflichtet sei, das Grundstück gegen den Ersatz des Gegebenen abzutreten. Sie sei, römisch ausgedrückt, nicht eine vindicatio oder actio confessoria, sondern eine actio oder condictio auf ein dare oder tradere. Dagegen leugnen Andere ganz das Dingliche und betrachten die Verpflichtung aus dem Retracte als eine Obligation, welche durch das positive Recht an einen Zustand geknüpft ist[79]). Dagegen bemerkt Walter, daß dieser Zustand, juristisch ausgedrückt, eben eine unmittelbare Beziehung der Sache sei. Andere nennen die Klage schlechthin eine dingliche[80]). Der Haupt-

77) Die gewöhnliche Bestimmung der älteren Quellen ist, daß der vom Eigenthümer beabsichtigte Verkauf angeboten oder verkündigt werden soll, um den Betheiligten Gelegenheit zu geben, ihr Recht auszuüben; erst wenn mit ihnen das Geschäft nicht zu Stande kommt, wird der Verkauf frei; später wird die Verkündigung des abgeschlossenen Geschäftes gewöhnlich und das Vorkaufsrecht dadurch zum Einstandsrechte. In beiden Fällen war aber die selbstständige Ausübung des Näherrechtes gegen den dritten Besitzer zulässig.

78) Walter, teutsches Privatrecht §. 388.

79) Gerber, teutsches Privatrecht §. 175, welchem Gengler, Lehrbuch des teutschen Privatrechtes §. 88, N. 25 folgt.

80) So Dunker, Reallasten §. 15, N. 95. Mittermaier a. a. O. §. 286. Maurenbrecher a. a. O. §. 315. Phillips a. a. O. §. 77, Bd. 1, S. 526. 3. Aufl. Renaud a. a. O. S. 256—258. Bluntschli, teutsches Privatr. Bd. 2, §. 123, Nr. 3. Auch Beseler a. a. O. §. 125, Nr. II, neigt sich dahin, den Retract und die Retractsklage als dinglich zu bezeichnen.

vertheidiger, Renaud, macht gegen das Hauptargument derjenigen, welche die Retractsklage für eine rein persönliche Klage oder für eine actio personalis in rem scripta halten und welches für die Persönlichkeit der Klage daraus entlehnt wird, daß das Retractsrecht in der Befugniß des Berechtigten bestehe, den Eintritt in den über die retrahible Sache geschlossenen Kaufvertrag zu verlangen, geltend, daß diese Befugniß weder aus dem Wesen des Näherrechtes, noch aus statutarischen Bestimmungen als begründet nachgewiesen werden könne; ja dieser Grundsatz sei sogar juristisch unmöglich, da das Retractsrecht nur nach vollzogenem Kaufe ausgeübt werden könne, das Eintreten in ein consummirtes Geschäft aber nicht denkbar sei. Aus dem Zwecke und der Entstehung des Retractsinstitutes leitet er folgende Ergebnisse ab: 1) der Zweck des Institutes sei, Veräußerungen der Grundgüter außerhalb gewisser Kreise zu vereiteln. Solle dieser Zweck wirklich realisirt werden, so müsse die Retractsklage eine solche sein, welche gegen jeden Besitzer der Sache gehe; da man aber eine solche Wirkung im Zweifel nicht einer persönlichen Klage beilegen dürfe, so müsse sie für eine dingliche angesehen werden. 2) Der Retract habe sich im Zusammenhange mit dem alten Princip der Unveräußerlichkeit des Grundbesitzes entwickelt. Diese Unveräußerlichkeit habe ihren Grund in den Rechten der Familie an dem Grundbesitze ihrer Genossen. Der nächste Erbe habe das veräußerte Gut vindiciren (mit Urtheilen sich unterwinden) können; später habe ihm diese Befugniß an einer verkauften Sache dann zugestanden, wenn sie ihm nicht zum Vorkaufe angeboten worden war. Als Milderung dieses Rechtes sei nun der Retract entstanden, indem der Erbe das verkaufte Gut nur gegen Erstattung des Kaufpreises an sich ziehen konnte. Dadurch habe sich aber das Recht der nächsten Erben an der Sache in seiner Substanz nicht verändert, und es hätte daher diese in dem Retractsrechte die Befugniß behalten, sich mit Urtheilen zu unterwinden, d. h. eine dingliche Klage anzustellen. Noch Andere halten die Retractsklage gegen den Käufer für eine actio in rem scripta; denn da die Retractsklage gegen den Käufer zunächst dann gegeben werde, wenn der Verkäufer gegen das gesetzliche Verbot veräußert hat, so werde die Natur derselben offenbar nicht durch eine dem Käufer auferlegte besondere Verbindlichkeit, sondern dadurch bestimmt, daß die Veräußerung unkräftig sei und den Nähergelter an seinem Rechte, die Sache an sich zu bringen, nicht hindere; dieses müsse folglich für ein unbedingtes und die Klage für eine actio in rem scripta gehalten werden [81]). Gegen die Ansicht, daß die Klage eine dingliche sei, macht Walter geltend: wenn auch die vom Rechte gegebene Möglichkeit, eine Sache zu seiner eigenen zu machen, eine dingliche Beziehung zu derselben in sich schließe, so liege doch zwischen dieser Möglichkeit und der Wirklichkeit eine obli-

---

81) Dies ist die Ansicht von Eichhorn, Einleit. in das teutsche Privatrecht §. 103.

gatorische Leistung in der Mitte, welche den Gegenstand der Klage ausmache und deren Charakter bestimme. Gegen die Ansicht, daß die Klage eine actio in rem scripta sei, weil sie sich auf eine verbotene und daher unwirksame Veräußerung stütze, macht Walter geltend, daß die Absicht in der That nicht die sei, die Veräußerung als ungiltig zu rescindiren; vielmehr wolle der Retrahent gerade die aus dieser Veräußerung entstandenen Rechte des Erwerbers an sich selbst ziehen. Zieht man die Entstehung des Retractrechtes in Betracht, so kann man sich nur für die Meinung entscheiden, daß die Retractsklage vorherrschend obligatorischer Natur, übrigens die Analogie der römischen actiones in rem scriptae nicht unpassend sei. Der Retract beruht ursprünglich auf der dem Eigenthümer eines Grundstückes obliegenden Verpflichtung, dasselbe, wenn er es veräußern will, demjenigen, der dasselbe zu erwerben vermöge Verwandtschaft u. s. w. ein besonderes Interesse hat, zum Kaufe anzubieten. Die Unterlassung dieser Verpflichtung hatte anfänglich die Ungiltigkeit der Veräußerung und die Befugniß des Berechtigten, das ohne vorheriges Angebot veräußerte Grundstück zu vindiciren, zur Folge. Später trat die Milderung ein, daß der Berechtigte das veräußerte Grundstück auch von dem dritten Besitzer gegen Erstattung des Kaufpreises an sich ziehen konnte. Der Grund des Retractes liegt also zunächst in der Unterlassung der Verpflichtung des Veräußernden zum Angebote, also in dem Delicte; an diese unerlaubte Handlung wird aber nicht, wie im älteren Rechte, die Folge der Ungiltigkeit der Veräußerung geknüpft, sondern nur die auf den dritten Besitzer mit der Sache übergehende Verpflichtung, dieselbe gegen Erstattung des Kaufpreises dem Nähergelter abzutreten. Eichhorn hat unseres Erachtens nicht unpassend die Analogie der actio quod metus causa hierher gezogen [82]). Dagegen hat zwar Beseler eingewendet, daß das Rechtsverhältniß selbst, aus welchem die Klage entspringt, in der Auffassung der Klage als actio in rem scripta nicht seinen Ausdruck finde, was sich am deutlichsten herausstelle, wenn dem Nähergelter sein Klaggrund bestritten werde; in diesem Falle sei mit der Forderung auf Herausgabe der Sache der Antrag auf Anerkennung des Rechtes zu verbinden. Man muß nun allerdings zugeben, daß dies Verhältniß des Retrahenten zum Grundstücke, welches ihn zur Nähergeltung berechtigt, zum Klaggrunde gehöre und, wenn es bezweifelt werde, bewiesen werden müsse; daraus folgt aber nicht, daß die Klage in das Gebiet der dinglichen Klagen zu verweisen sei. Denn auch bei persönlichen Klagen kommt im römischen Rechte vor, daß ein besonderes Recht an der Sache, welches zur Anstellung der Klage berechtigt, vorausgesetzt wird und im Leugnungsfalle erwiesen werden muß, z. B. bei der condictio furtiva das Eigenthum, bei der actio legis Aquiliae u. s. w.

---

82) L. 1. pr. L. 14. §. 3. 5. D. IV. 2.

C. Entstehungsgründe des Retractes. Der Retract verdankte, wie früher bemerkt wurde, seinen Ursprung dem Gewohnheitsrechte, welches sich nach und nach über ganz Teutschland verbreitet hat und in ältere und neuere Gesetzbücher aufgenommen worden ist. Man kann also Gesetz und Gewohnheit als die regelmäßigen Entstehungsgründe dieses Rechtes bezeichnen. Sehr bestritten ist die Frage, ob und in welcher Weise durch Privatwillkür, also durch Vertrag oder Testament, ein Retractsrecht begründet werden könne. Aeltere Schriftsteller, welche die Existenz eines vertragsmäßigen Retractes als eines gegen den dritten Besitzer wirksamen Rechtes in Abrede stellen, gehen vorzüglich davon aus, daß die Bestellung eines derartigen Rechtes ein pactum de non alienando sei, aus einem solchen Nebenvertrage aber in der Regel nur ein persönliches Recht entstehe, obgleich sie doch annehmen, daß ausnahmsweise da gegen den dritten Besitzer geklagt werden könne, wo sich der Verkäufer auf den Fall der Nichterfüllung des angehängten Nebenvertrages eine Hypothek an der Sache vorbehalten habe[83]). Neuere Rechtsgelehrte hingegen gestatten die vertragsmäßige Bestellung eines Näherrechtes nur für den Fall, wo nach dem Landesgesetze jede auf ein Grundstück gelegte Last durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher als eine auch auf jeden Singularsuccessor übergehende Last constituirt werden kann[84]). Dagegen vertheidigt Renaud[85]) die Zulässigkeit der Bestellung des Retractes durch Vertrag schon nach gemeinem Rechte. Er geht dabei von Folgendem aus. Das Näherrecht sei ein dingliches Recht; die Zugpflichtigkeit einer Liegenschaft eine Beschränkung, welche auf jeden Besitzer übergeht. Sie sei weder mit einer Reallast zusammenzustellen, da der Besitzer des zugpflichtigen Gutes als solcher zu keinem Thun verpflichtet ist, noch etwa mit einer Servitut, indem das Eigenthumsrecht hier keine dauernde Beschränkung erleidet. Vielmehr habe der Retract die größte Aehnlichkeit mit der Beschränkung, welche eine Liegenschaft durch ein darauf haftendes Unterpfand erfährt, insofern als der Eigenthümer des pflichtigen Gutes zu Gunsten eines anderen dinglich daran Berechtigten unter Umständen auf sein Eigenthumsrecht zu verzichten genöthigt werden könne. Wenn nun der Eigenthümer eines Grundstückes dasselbe nach gemeinem Rechte durch einen

---

83) Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 66, 67, 167. Von den Neueren hat sich Roßhirt, zu der Lehre vom Besitze, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VIII, S. 62, dieser Ansicht rücksichtlich dieses letzteren Punktes angeschlossen.

84) Eichhorn, §. 101. Phillips, §. 77. Mittermaier, §. 286. Maurenbrecher, §. 316. Gerber, §. 175. Beseler, §. 125. Walter, §. 389. Doch macht Maurenbrecher insofern eine Ausnahme, als das Gesetz einer Genossenschaft das Auctoraminrecht ertheile und läßt solchenfalls Retracte durch Privatwillkür begründen. Walter läßt, wo Particularrechte den conventionellen Retract anerkennen, die Bestellung eines solchen durch Vertrag zu, wobei es denn lediglich von der Particulargesetzgebung abhänge, ob der Vertrag allein genüge oder dessen Eintragung in die öffentlichen Bücher nothwendig sei.

85) Renaud a. a. O. S. 259 flg.

bloßen Vertrag mit einem Pfandrechte unbestritten beschweren könne, so sei nicht einzusehen, warum nicht auch durch bloßen Vertrag ein Retractsrecht bestellt werden könne, da Pfandrecht und Retract in Bezug auf die Art und Weise, wie sie das Eigenthumsrecht beschränken, von einander nicht im mindesten abweichen und sich hauptsächlich nur durch die Verschiedenheit der ihre Ausübung bedingenden Umstände unterschieden. Er folgert hieraus die Unrichtigkeit der Ansicht derjenigen, welche die vertragsmäßige Bestellung eines Näherrechtes mit einem pactum de non alienando zusammenstellen, da bei letzterem der Erwerber des Gutes sich verpflichte, dasselbe nicht zu veräußern, wodurch ein blos persönliches Verhältniß zwischen den Contrahenten begründet werde, während im ersteren Falle der Eigenthümer eines Grundstückes dasselbe zu Gunsten eines Dritten beschränke. Als Resultat stellt nun Renaud hin: 1) nach gemeinem Rechte kann durch bloßen Vertrag ein Retractsrecht als dingliches Recht bestellt werden; 2) dasselbe gilt auch für die einzelnen Landesrechte, insofern a) die nach dem betreffenden Landesgesetze zur dinglichen Beschränkung des Eigenthums erforderlichen Bedingungen, wie Auflassung, Eintragung in die Grundbücher, erfüllt werden; b) das betreffende Gesetz eine Eigenthumsbeschränkung der angegebenen Art nicht ausdrücklich verbietet. Gegen diese Theorie, sagt er, könnte eingewendet werden, daß der Retract ein den Verkehr hinderndes Institut sei und deshalb keine Begünstigung verdiene, daß man die Bestellung eines solchen Rechtes für die Fälle, wo es weder durch Gesetz, noch durch Gewohnheit begründet sei, aus Gründen der allgemeinen Wohlfahrt und mit Rücksicht auf das Gedeihen der Landwirthschaft nicht zugeben dürfe. Dagegen macht Renaud die Erwägung geltend, daß im Begriffe des Eigenthums das freie Verfügungsrecht der Person über die Sache ausgesprochen sei, daß sonach der Eigenthümer befugt sein müsse, seine Sache mit Rechten aller Art, Servituten, Pfandrechten u. s. w., zu beschweren, insofern er weder die erworbenen Rechte dritter Personen an dieser Sache verletze, noch ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes zuwider handele; ferner die Erwägung, daß im Zweifel die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums spricht. Wir glauben unterscheiden zu müssen, ob der Verkäufer bei Uebertragung des Eigenthums sich und seinen Erben das Retractsrecht vorbehält oder ob ein Retractsrecht erst constituirt werden soll. Im ersten Falle halten wir auch nach gemeinem Rechte den Vorbehalt für zulässig und gegen dritte Besitzer für wirksam. Daß das römische Recht einen derartigen Vorbehalt nicht kennt, sondern nur den Vorkaufsvertrag, steht nicht entgegen, da ihm überhaupt das ganze Retractsinstitut fremd ist. Ebensowenig steht die Regel des römischen Rechtes entgegen, daß durch Vertrag allein ein dingliches Recht nicht begründet werden könne. Denn abgesehen davon, daß das römische Recht davon bei der Hypothek eine Ausnahme macht, daß ferner nach der von uns in einem anderen Artikel für richtig erkannten Ansicht Servituten durch Vertrag allein bestellt

werden können[86]), ist, wenn auch letzteres allerdings bestritten ist, doch darüber nach klaren römischen Gesetzstellen gar kein Zweifel, daß der Vorbehalt einer Servitut an einer Sache bei Uebertragung des Eigenthums derselben an einen Anderen unbedingt zulässig ist[87]). Da nun eine Servitut eine dauernde Eigenthumsbeschränkung enthält, der Retract aber nur eine vorübergehende, so ist nicht abzusehen, warum, wenn der Vorbehalt genügt, um das Mehrere, eine dauernde Eigenthumsbeschränkung zu begründen, nicht auch das Mindere, eine vorübergehende Eigenthumsbeschränkung dadurch solle begründet werden können, da der Verkäufer sein Eigenthum eben mit dieser Beschränkung überträgt. Anders dagegen verhält es sich mit der Constituirung eines Retractsrechtes. Wenn man auch hier sich darauf berufen wollte, daß ja nach der von uns vertheidigten Ansicht Servituten durch Vertrag constituirt werden können, so ist doch dies hier nicht entscheidend, weil sich doch für diese Ansicht auch ausdrückliche römische Gesetzstellen anführen lassen und es sich nur darum handelt, den zwischen diesen und anderen Gesetzstellen anscheinend vorhandenen Widerspruch zu beseitigen, bezüglich auszumitteln, welches die im Justinianeischen Rechte wirklich von Justinian gebilligte Meinung ist. Am wenigsten kann man Renaud beipflichten, wenn er sogar Bestellung von Retractsrechten durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten zuläßt. Er setzt folgenden Fall. Cajus hat einen Adoptivsohn Titius und einen Neffen Sejus. Cajus verschenkt nun sein Landgut an Sejus, jedoch mit der Clausel: „sollten Sejus oder seine Erben das benannte Gut verkaufen, so soll es Titius retrahiren können." Renaud meint, hier habe Titius ein dingliches Recht an dem Gute, kraft dessen er dasselbe, falls es von Sejus oder dessen Erben verkauft werde, von jedem Besitzer gegen Erlegung des Kaufpreises heraus verlangen könne; der Eigenthümer des Gutes Cajus nämlich habe das Eigenthum daran, gleichsam nur nach Abtrennung eines Bestandtheiles davon zu Gunsten des Titius auf Sejus übertragen. In dem von Renaud gesetzten Falle ist übersehen, daß Cajus für seinen Adoptivsohn Titius, wenn derselbe plene adoptirt ist, keinen derartigen Vorbehalt machen kann, weil nach den Grundsätzen des römischen Rechtes über die väterliche Gewalt eine solche Stipulation nur als zum Vortheile des Inhabers der väterlichen Gewalt selbst gemacht gilt, weil der filiusfamilias nichts für sich, sondern nur für den Inhaber der väterlichen Gewalt, welcher den Vertrag schloß, erwerben kann und muß[88]); ist Titius nur minus plene adoptirt, so steht er als ein dem Stipulator ganz fremder Dritter da, der nach den Grundsätzen von dem Einflusse der Verträge auf dritte Personen[89]) durch jenen Vorbehalt kein Recht aus dem Vertrage erwerben kann. Wir können also

---

86) Vgl. den Artikel Servituten Bd. X, S. 279—289.
87) Siehe den angezogenen Artikel S. 279
88) Vgl. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 80.
89) Vgl. den Artikel Vertrag.

einen Vorbehalt des Retractsrechtes bei dem Kaufcontracte von Seiten des Verkäufers nur zu Gunsten des Verkäufers selbst und seiner Erben für wirksam erachten, nicht zu Gunsten eines Dritten. Anders dürfte sich natürlich die Sache gestalten, wenn der Dritte bei dem Vorbehalte selbst concurrirt und den Vorbehalt acceptirt hat. Denn daß der Verkäufer bei Uebertragung des Eigenthums zu einer derartigen Beschränkung des auf den Käufer zu übertragenden Eigenthums an sich befugt war, ist nach dem Vorigen außer Zweifel; darüber, ob dem Dritten, zu dessen Gunsten er die Beschränkung gemacht hat, eine Klage aus diesem Vertrage gegen den Käufer und dritte Besitzer der verkauften Sache zustehe, entscheiden die bekannten Grundsätze von der Wirkung des Vertrages für Dritte. Wendet man sich zu der Frage, ob durch Testament ein Retract bestellt werden könne, so wird auch solche vielfach von solchen Schriftstellern bejaht, welche einen conventionellen Retract nicht anerkennen. Manche betrachten die testamentarische Bestellung eines Retractes als ein Veräußerungsverbot und erklären den gegen den Willen des Testators geschlossenen Kaufvertrag für null und nichtig; infolge dieser Nichtigkeit soll dann derjenige, welchem ein Retractrecht vermacht ist, das verkaufte Grundstück mit einer rei vindicatio an sich ziehen können, sowie ihm andererseits auch wohl eine hypothekarische Klage zugesprochen wird[90]). Dagegen erkennen Viele auch einen testamentarischen Retract nicht an[91]). Andere endlich erklären sich ebenso für Begründung des Retractes durch Testament wie durch Vertrag[92]). Der Hauptvertheidiger der letzteren Ansicht, Renaud, findet den testamentarischen Retract durch die vorher erwähnte Begründung nicht erklärt. Sei nämlich die Veräußerung des retrahiblen Grundstückes nichtig, so könne von keinem Retracte die Rede sein, da dieser gerade einen giltigen Verkauf erfordere. Mit der hypothekarischen Klage könne aber kein Näherrecht ausgeübt werden, indem damit nach geschehener Veräußerung blos eine Forderung auf das Interesse geltend zu machen sei. Renaud begründet den testamentarischen Retract vielmehr so. Wie der Eigenthümer eines Grundstückes sein Eigenthumsrecht daran vertragsweise durch dingliche Rechte, welche er an dritte Personen bestellt, beschränken könne, so müsse ihm nach allgemeinen Grundsätzen dieselbe Befugniß für die Zeit nach seinem Tode in seinem Testamente zustehen. Z. B. Cajus setzt den Sejus zum Erben seines Landgutes ein, vermacht aber zugleich seinem Gläubiger Titius eine Hypothek an demselben Grundstücke; hier beginne dieses Pfandrecht in dem Augenblicke, wo der Erblasser stirbt. In analoger Weise müsse

90) Leyser, Medit. ad Pand. Sp. 196. med. 3. Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 168.

91) Eichhorn §. 101. Maurenbrecher §. 316. Gerber §. 175. Walter §. 389.

92) Renaud a. a. O. S. 261 flg. Mittermaier §. 286. Phillips §. 77.

nun bei der testamentarischen Bestellung eines solchen Rechtes entschieden werden, daß in dem Augenblicke, wo Cajus stirbt, sein Gut ein retrahibles wird und Titius es bei dem ersten Verkaufe mit der Retractsklage an sich ziehen könne. Wir stimmen mit Renaud überein, glauben aber, daß vielmehr nach Analogie der servitus legala der Testator auch Retractsrechte sowohl an seiner eigenen Sache als an einer Sache des Erben bestellen könne. Der Grundsatz, daß Verträge auf Dritte, welche dabei nicht concurriren, keinen Einfluß haben und diesen kein Recht daraus erwachsen könne, kann hier keine Anwendung finden. Die Bestellung eines Retractsrechtes ist als Legat aufzufassen, und so wie der Testator seine Sache sowie die des Erben mit einer Servitut belasten kann, so ist dies noch viel weniger bedenklich hinsichtlich der Belastung mit einem Retractsrechte. Selbstverständlich muß da, wo die Particulargesetzgebung Eintragung des conventionellen Retractes in die öffentlichen Bücher verlangt, diese auch bei dem testamentarischen Retracte erfolgen.

D. Bedingungen der Ausübung des Retractes. Was die Bedingungen der Ausübung des Retractes und namentlich 1) die Geschäfte betrifft, bei denen er stattfindet, so werden von sehr vielen Schriftstellern folgende Sätze vorangestellt: „das Retractsrecht darf nicht zum Schaden des Käufers oder Besitzers und bezüglich des Verkäufers der Sache ausgeübt werden. Daher kann es aber auch, da der Retrahent in den Veräußerungsvertrag eintreten muß, nur bei solchen Rechtsgeschäften ausgeübt werden, welche ebensogut von einem Dritten als von dem Contrahenten selbst erfüllt werden können"[93]. Diese Sätze hat Renaud[94] als unzureichend und ungenügend angefochten, einestheils weil die daraus gefolgerten Consequenzen aus ihnen nicht folgten, anderntheils weil man bei dem Festhalten derselben in offenbare Widersprüche verfalle. So ist allerdings z. B. die aus diesen Sätzen gezogene Folgerung, daß das Retractsrecht nur bei dem Kaufe und nicht bei dem Tausche ausgeübt werden könne, weil im letzteren Falle der Retrahent dem Besitzer nie Alles, was dieser für das Gut hingab, zurückgeben, bezüglich dem Veräußerer das Ausbedungene nicht leisten könne, unrichtig, weil auch bei dem Tausche die Möglichkeit vorhanden sein kann, daß der Retrahent dem Besitzer das Geleistete zu erstatten, dem Veräußerer genau das Ausbedungene zu leisten im Stande ist, z. B. wenn ein Grundstück gegen vertretbare Sachen (außer Geld) ausgetauscht worden ist[95]. Dagegen kann der Grundsatz, daß der Retrahent

---

93) Leyser, Med. ad Pand. Sp. 194. med. 4. Walch a. a. O. S. 87, 143, 157. Thibaut, Versuche Bd. 2, S. 58. Mittermaier §. 287, 288. Maurenbrecher §. 317. Siehe auch Responsum der Juristenfacultät zu Jena bei Walch a. a. O. S. 566, wo die Einrede des Käufers, daß der Retrahent dem Verkäufer die Kaufbedingungen statt seiner nicht zu erfüllen im Stande sei, für keine die Rechte eines Dritten betreffende Einrede geachtet wird.

94) Renaud a. a. O. S. 263 flg.

95) Beseler §. 125, N. 21 schließt auch in diesem Falle die Ausübung

in den Contract, wodurch die Sache veräußert worden, eintreten müsse, daher auch der Retract nur bei solchen Geschäften vorkomme, welche ebensogut von einem Dritten als von dem Contrahenten erfüllt werden können, nicht als unrichtig, wie Renaud will, zugegeben werden. Der Retract findet nur bei dem Kaufe statt. Renaud[96]) leitet diesen Satz nicht aus der Natur des Retractsinstitutes an sich her, sondern erklärt ihn als aus rechtsgeschichtlichen Zufälligkeiten entstanden. Die ersten Veräußerungsgeschäfte nämlich, welche über Grundstücke giltig hätten stattfinden können, seien Kaufgeschäfte gewesen, und zwar a) der Verkauf, welcher aus echter Noth geschah, b) der Verkauf, wobei den Erben vorher das Gut zum Verkaufe angeboten worden war; aus welchem Vorkaufsrechte der Erben sich das Näherrecht entwickelt habe. Dieses Recht habe also ursprünglich nur bei Käufen vorkommen können, weil keine anderen Veräußerungsgeschäfte über Immobilien giltig hätten abgeschlossen werden können; später sei das Institut nicht auf andere Geschäfte ausgedehnt worden, weil man daran festgehalten habe, daß es an die Stelle des Vorkaufsrechtes der Erben getreten sei und sonach da nicht Platz greifen könne, wo früher ein Vorkaufsrecht nicht möglich gewesen wäre. Gerber[97]) hingegen setzt den Grund des Retractsrechtes in dem Bestreben des Rechtes, auch dem Individuellen Geltung zu verschaffen, wo dies nicht auf Kosten der natürlich stets vorgehenden eigenen individuellen Rücksichten des veräußernden Eigenthümers geschehen kann; dies sei aber nur der Fall bei dem Kaufe, als dem gewöhnlichen farblosen Veräußerungsgeschäfte, bei welchem es dem Käufer nur auf Erlangung eines von persönlichen Besonderheiten ganz unabhängigen Werthsobjectes zu thun sei. Jedenfalls ist Renaud darin beizupflichten, daß der Retract von vornherein nur bei Käufen stattgefunden habe. Neben dem Kaufe wird von Manchen auch Gebung an Zahlungsstatt als ein Geschäft angesehen, wobei der Retract stattfinde[98]). Dagegen ist man darüber einverstanden, daß bei einer Schenkung, Vergleich, der Retract nicht Platz greife. Was insbesondre den Kauf betrifft, so sind noch folgende Fragen zu erörtern. a) Bei dem Mengekauf, wenn z. B. mehrere Grundstücke zugleich für Einen Preis verkauft worden sind, welche nicht alle dem Retracte unterliegen, behaupten Viele zwar nicht den Wegfall des Retractes, wohl aber die Verbindlichkeit des Retrahenten, entweder in den ganzen Kauf einzutreten oder von dem Retracte gänzlich abzustehen, wenn es nämlich bei dem geschlossenen Contracte zur Bedingung gemacht war, daß Alles beisammen bleiben müsse, so daß der Käufer den Kauf gar nicht geschlossen haben würde, wenn er

des Retractes aus, weil solche spitzfindig ersonnene Ausnahmsfälle auf die Entwickelung des Näherrechtes als eines allgemeinen Institutes keinen Einfluß ausgeübt hätten.

96) A. a. O. S. 264 flg.

97) Gerber §. 176 u. N. 3.

98) Beseler §. 125, Nr. V. Walter §. 390. Phillips §. 77.

das dem Retracte unterworfene Grundstück nicht zugleich mit erhalten hätte; denn sonst würde hier der Käufer den Schaden haben, daß er nun ein Grundstück behalten müßte, welches er ohne das retrahirte niemals gekauft haben würde und welches nun ohne dieses für ihn entweder ganz unbrauchbar oder wenigstens von keinem Interesse und Werth ist; das Gegentheil und daß der Retract auch hinsichtlich eines einzelnen Grundstückes bei einem Mengekaufe stattfinde, nahm man an, wenn der Käufer den Kauf auch ohne das dem Retracte unterworfene Stück geschlossen haben würde, indem der Käufer hier nicht sagen könne, daß er einen Nachtheil davon habe, wenn der Retrahent nur das seinem Näherrechte unterliegende Grundstück allein abfordert[99]. Dagegen läßt Renaud unbeschränkt den Retract bei einem Mengekaufe zu und behauptet, daß der Retract stets an der einzelnen retrahiblen Sache geltend gemacht werden könne, ohne daß der Retrahent nöthig habe, die mitverkauften beweglichen oder unbeweglichen Sachen mit zu übernehmen[100]. Nur die erstere Meinung kann für die richtige gehalten werden, da sie auf das Princip, daß der Käufer völlig schadlos gehalten werden müsse, sich gründet. b) Auch bei Verkäufen durch öffentliche Versteigerung ist der Retract zulässig, worüber jetzt die Meisten einverstanden sind. Dagegen haben ältere Rechtslehrer[101] zwischen freiwilliger und nothwendiger Subhastation unterschieden und bei ersterer den Retract unbedingt zugelassen, wenn der Retrahent durch seine erhaltene Kenntniß nicht in die Subhastation gewilligt habe, bei letzterer nur so lange, als noch keine Adjudication erfolgt ist. Andere wollen bei einer öffentlichen Versteigerung den Retract ganz ausschließen. Es ist aber gar kein Grund vorhanden, weder zum Ausschlusse des Retractes bei öffentlichen Versteigerungen überhaupt, noch zu dem Unterschiede zwischen freiwilligen und nothwendigen Subhastationen in der hier fraglichen Beziehung. Nur bei fiscalischen Subhastationen fällt der Retract weg, weil, wer vom Fiscus kauft, sofort gegen jeden fremden Anspruch gesichert ist[102]. Ob die Adjudication erfolgt ist oder nicht, darauf kann nichts ankommen; denn auch das unserer Meinung nach zugleich im Retracte liegende Vorkaufsrecht ist durch jenes fiscalische Privilegium ausgeschlossen. Manche Particularrechte schließen bei Subhastationen den Retract aus[103]. c) Bei dem Freundschaftskaufe, wenn der Verkäufer aus persönlichen Rücksichten gegen den Käufer den Preis niedriger angesetzt hat, schließen Einige den Retract aus[104], Andere lassen ihn

99) Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 182 flg. Beseler §. 125, Nr. V. Walter §. 390.

100) Renaud a. a. O. S. 265.

101) Vgl. über die Frage Glück a. a. O. S. 158 flg.

102) L. 5. C. X. 3. vgl. mit L. 1. 2. C. VII. 37. Glück a. a. O. §. 159.

103) Beispiele siehe bei Renaud a. a. O. S. 266, N. 54. Heimbach, sächs. Privatrecht § 218. Beseler §. 125, N. 23.

104) Eichhorn §. 102. Maurenbrecher §. 317, N. 2. Phillips §. 77. Gerber §. 176. Mittermaier §. 287. Walter §. 390.

zu [105]). Der allein entscheidende Gesichtspunkt ist, daß durch dergleichen individuelle Beziehungen Rechte Dritter, welche auf den Fall des Vorkaufes begründet sein sollen, keinen Eintrag leiden dürfen; die Verminderung des Kaufpreises aus Rücksicht für den Käufer muß auch dem Retrahenten zu Gute kommen, da sein Recht den Eigenthümer in der freien Verfügung über die Sache beschränkt. Nur wenn dem Geschäfte nach der Absicht der Parteien eine Schenkung zu Grunde liegt, ist der Retract ausgeschlossen [106]). d) Sind dem Kaufe Nebenberedungen beigefügt, welche die Natur des Geschäftes nicht verändern, aber eine Schätzung in Gelde nicht zulassen und wegen ihrer individuellen Beschaffenheit von dem Retrahenten nicht erfüllt werden können, so darf doch sein Recht nicht darunter leiden, weil dies der gute Glaube erfordert. Wenn dagegen der Kauf mit einem anderen Geschäfte vermischt ist, welches seinen selbstständigen Zweck hat und von dem Kaufe nicht getrennt werden kann, z. B. mit einem auf persönliche Pflege gerichteten Alimentationsvertrage, so ist das Näherrecht ausgeschlossen [107]). e) Ist einem Ehemanne ein Dotalgrundstück seiner Ehefrau nach einem vorausgegangenen Anschlage überlassen worden, so ist, ohne Unterschied, ob der Anschlag venditionis gratia oder taxationis gratia geschehen ist, der Retract ausgeschlossen [108]). Ist die Ueberlassung taxationis gratia geschehen, so hat die Sache ohnehin keinen Zweifel; ist sie venditionis gratia geschehen, so bleibt das Geschäft doch immer eine dotis constitutio, wenn auch der Ehemann die Wahl hat, ob er dereinst das Grundstück selbst oder die Taxe restituiren will. — Eine ferner zu beantwortende Frage ist die, ob der Retract voraussetze, daß der Kauf durch Uebergabe vollzogen worden sei oder ob er auch schon vor der Uebergabe der Sache an den Käufer ausgeübt werden könne. Der Hauptvertheidiger der Ansicht, welche Uebergabe der Sache an den Käufer voraussetzt, Renaud [109]), stützt dieselbe auf die Idee des Retractsinstitutes, wodurch ein Gut, welches aus einem bestimmten Kreise veräußert worden ist, wieder in denselben gebracht werden soll. So lange nämlich das verkaufte Gut nicht übergeben worden, gehöre es dem Verkäufer an und befinde sich also noch innerhalb desjenigen Kreises, welchem es erhalten werden soll; so lange könne also von keinem Retracte die Rede sein. Es hängt dies mit der Ansicht zusammen, daß der Retract lediglich ein

105) Renaud a. a. O. S. 267. Beseler §. 125, Nr. VI. lit. a.

106) Mittermaier §. 287. Renaud S. 267.

107) So unterscheidet mit Recht Beseler §. 125, Nr. VI. lit. a. Dagegen will Renaud a. a. O. §. 267, wenn sich der Verkäufer vom Käufer gewisse persönliche Leistungen bedungen hat, unter allen Umständen, ohne Rücksicht darauf, ob der Retrahent auch diese zu erfüllen im Stande ist oder nicht, den Retract zulassen und den Käufer ungeachtet des ausgeübten Retractes zur Erfüllung dieser Leistungen angehalten wissen, wofür er jedoch nach Umständen vom Retrahenten zu entschädigen sein werde.

108) Renaud a. a. O. S. 266. A. M. ist Walch a. a. O. S. 155.

109) Renaud a. a. O. S. 257, 267 flg.

dingliches Recht sei. Es pflichten dem gedachten Schriftsteller darin auch andere Juristen bei[110]). Dagegen behaupten Andere, daß der Retract auch schon vor der Uebergabe ausgeübt werden könne, indem der Retract immer zugleich ein Vorkaufsrecht enthalte[111]). Wir können uns nur der letzteren Ansicht anschließen. Dafür spricht die Entstehung des Retractes, welche eben in dem unterlassenen Angebote ihren Grund hat. Der von den Vertheidigern der gegentheiligen Meinung geltend gemachte Grund, daß durch den Retract ein Gut, was außerhalb eines gewissen Kreises veräußert worden ist, in denselben gebracht werden solle, paßt ohnehin nur auf gesetzliche, nicht auf durch Privatwillkür begründete Retracte; es kann ihm aber auch entgegengesetzt werden, daß derjenige, welcher berechtigt ist, das aus dem Kreise veräußerte Gut in denselben zurückzubringen, umsomehr befugt sein muß, dem Herausbringer desselben aus dem Kreise entgegen zu treten[112]). Hiermit hängen noch zwei Fragen zusammen, welche gewöhnlich in folgender Weise gefaßt werden: Fällt das Näherrecht dadurch weg, daß die Contrahenten den abgeschlossenen, aber durch Uebergabe noch nicht vollzogenen Kaufvertrag aufheben? Wie steht es ferner für den Fall, wo der bereits vollzogene Vertrag durch gegenseitige Uebereinstimmung der Contrahenten wieder aufgehoben wird?[113]) Nach der Ansicht derjenigen, welche den Retract als ein blos gegen den Käufer nach Vollziehung des Kaufes durch Uebergabe geltend zu machendes Recht betrachten, ist der Retract in dem Falle eines zwar perfecten, aber durch Uebergabe noch nicht vollzogenen Kaufes gar nicht begründet; nach dieser Ansicht können also die Contrahenten von einem blos abgeschlossenen Kaufe vor der Uebergabe unbeschränkt wieder zurücktreten. Hingegen nach der hier angenommenen Ansicht, nach welcher der Retract stets zugleich ein Vorkaufsrecht enthält, ist schon mit der Perfection des Kaufes dem Retrahenten ein vollkommenes Recht in diesen Kauf einzutreten erwachsen und es kann dieses schon erworbene Recht nicht dadurch beseitigt werden, daß die Contrahenten den Contract wieder aufheben. Manche wollen es aber doch darauf ankommen lassen, ob der Retrahent vor der Wiederaufhebung des abgeschlossenen Contractes bereits erklärt hat, in den Kauf eintreten zu wollen oder nicht, und lassen nur im ersten Falle die Aufhebung des Contractes nicht zu, wohl aber im letzteren[114]). Dafür läßt sich anführen, daß, wenn die Contrahenten den schon abgeschlossenen Contract wieder aufheben, das Gut eben dem Kreise erhalten wird, aus welchem es, wenigstens nach dem Zwecke des gesetzlichen Retractes, nicht

---

110) Maurenbrecher §. 317. Gerber §. 176.

111) Eichhorn §. 100. Beseler §. 125, Nr. I. Walter §. 390.

112) Walter §. 390, N. 5.

113) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 195. med. 9. 10. Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 196 flg. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

114) Pufendorf, Obs. iur. univ. T. III. obs. 40. §. 5. Walter, teutsches Privatrecht §. 392.

herausgebracht werden soll, und daß damit der Grund zur Ausübung des Retractes wegfalle. Wenn man aber einmal in dem Retracte zugleich ein Vorkaufsrecht als enthalten ansieht, so ist nach den Grundsätzen vom Vorkaufsrechte schon durch die Perfection des Contractes das Recht des Retrahenten begründet[115]), dergestalt, daß das ihm dadurch erworbene Recht durch die Contrahenten nicht wieder entzogen werden kann[116]). Was die zweite Frage betrifft, wie es sich verhalte, wenn der bereits vollzogene Vertrag von den Contrahenten wieder dadurch aufgehoben wird, daß der Verkäufer die Sache wieder zurückkauft und dem Käufer das Kaufgeld restituirt, also ein neues Kaufgeschäft geschlossen wird, so wird von Manchen[117]) behauptet, daß, weil ein neues Kaufgeschäft vorliege, das durch die erste Veräußerung begründete Retractsrecht auch gegen den Verkäufer, welcher sein Gut zurückgekauft habe, geltend gemacht werden könne. Man kann aber dieser Meinung nicht beipflichten[118]). Denn aus der Idee des Retractsinstitutes, wie solche wenigstens dem gesetzlichen Retracte zu Grunde liegt, ergiebt sich, daß, wofern der Verkäufer sein veräußertes Gut wieder an sich gebracht hat, dasselbe sich also wieder da befindet, von wo es nicht hätte wegkommen sollen, das Näherrecht keine Anwendung finden kann. Renaud will übrigens dem Retrahenten gegen den Käufer, wenn er das retrahible Gut dann erst an den Verkäufer zurücktradirt, nachdem ihm die Absicht, den Retract auszuüben, bereits angezeigt worden ist, eine Klage als gegen einen qui dolo malo fecit, quo minus possideret, auf das Interesse verstatten. Es ist dies auch ganz richtig; denn von einer wirklichen Ausübung dieses Retractes selbst kann, da der Käufer nicht mehr besitzt, keine Rede sein. — 2) Eine zweite Bedingung der Ausübung des

---

115) L. 21. §. 5. D. 19. 1.

116) Vgl. Glück a. a. O. S. 198 flg. und die in Note 63 daselbst angeführten Schriftsteller. Dagegen will Beseler §. 125, Nr. I, die Frage, ob die Ausführung des schon mit dem Abschlusse des Contractes wirksamen Näherrechtes nicht durch den Rücktritt der Contrahenten verhindert werden könne, weder unbedingt bejaht, noch verneint wissen, auch die Entscheidung davon nicht abhängen lassen, ob der Kauf schon vollzogen war oder nicht. Es kommt, sagt er, vielmehr darauf an, ob der Rücktritt geschieht, um den Nähergelter an der Ausübung seines an sich vollkommenen Rechtes zu hindern oder aus anderen Gründen; im ersten Falle, welcher im Zweifel anzunehmen sei, wenn die Absicht in den Kauf einzutreten, den Betheiligten schon angezeigt worden ist, sei die Wiederauflösung des Contractes unzulässig. Auf diese Distinction kann jedoch kein Gewicht gelegt werden. Ist einmal mit der Perfection des Contractes dem Nähergelter ein vollkommenes Recht zum Eintritte in den Contract erworben, so kann dasselbe unter keinen Umständen durch spätere Handlungen der Contrahenten alterirt werden, gleichviel, ob dieser die Absicht, den Nähergelter an der Ausübung seines Rechtes zu hindern, zu Grunde liegt oder nicht, abgesehen davon, daß diese Unterscheidung zu weitläufigen und kostspieligen Beweisführungen führen würde.

117) Müller, Obs. 412. Maurenbrecher §. 317, N. 13. Mittermaier §. 287.

118) Vgl. Renaud a. a. O. S. 268.

Näherrechtes ist, daß der Retrahent sein Recht durch Erbringung eines Titels erweise; er muß ferner aus eigenem Rechte und zu eigenem Nutzen retrahiren. a) Der Titel zum Retracte kann nach dem bereits Bemerkten Gesetz oder Gewohnheit, Vertrag oder Testament sein. Von den verschiedenen Arten des durch Gesetz oder Gewohnheit begründeten Näherrechtes ist hier nur die Erblosung, als die am meisten verbreitete Retractsart, hervorzuheben. Zum Zuge berufen ist bei der Erblosung jedes erbfähige Mitglied der Familie des Verkäufers, und zwar so, daß der nächste gesetzliche Erbe desselben zur Zeit des geschlossenen Kaufes das nächste Recht hat[119]). Particularrechte ziehen bei der Erblosung die männlichen Verwandten den weiblichen vor, so daß eine vollbürtige Schwester einem vollbürtigen und sogar einem halbbürtigen Bruder nachsteht[120]) oder sie schließen die weiblichen Mitglieder und deren, obgleich männliche, Descendenten vom Näherrechte aus[121]). Unleugbar ist der Zusammenhang der Erblosung mit dem Erbrechte; durch dieses Institut soll ein Gut nicht allein der Familie, sondern dem Erbgange erhalten werden, welchem es einmal anheim gefallen ist; und darauf deutet das alte Rechtssprüchwort hin: „was einmal in den Erbgang gekommen, muß in dem Erbgange bleiben." Bestritten ist, ob auch Adoptivkindern und legitimirten Kindern das Erblosungsrecht zustehe. Renaud[122]) spricht beiden dasselbe zu, indem er sich auf den angeführten Zweck der Erblosung stützt, daß das Gut seinem gesetzlichen Erbgange erhalten werden soll. Allein mit mehrerem Rechte sprechen Andere dieses Recht beiden ab[123]). Rücksichtlich der Adoptivkinder ist entscheidend, daß die Erblosung durch die Blutsverwandtschaft bedingt ist, eine solche aber durch die Adoption nicht begründet wird sowie daß die Adoption den Teutschen nicht bekannt war[124]). Es kann dies bei der Entstehung der Erblosung aus den Rechten der nächsten Erben bei dem Verkaufe unbeweglicher Güter gar nicht zweifelhaft sein und daher erscheint jede Ausdehnung dieses nach seiner Entstehung nur auf Blutsverwandtschaft beruhenden Rechtes auf Andere, welche nicht Blutsverwandte sind, unzulässig. Dasselbe läßt sich rücksichtlich der legitimirten

---

119) Nicht der nächste Verwandte, wie Mittermaier §. 287, Nr. VIII will. Dagegen will Renaud a. a. O. S. 269 darauf gesehen wissen, wer zur Zeit des durch Uebergabe vollzogenen Kaufes der nächste Intestaterbe des Verkäufers sei. Es hängt dies mit der Ansicht von Renaud zusammen, daß der Retract ein dingliches Recht sei und erst mit der Vollziehung des Kaufes durch Uebergabe an den Käufer begründet werde.

120) Berner Civilrecht Satz 823, 824.

121) Preuß. Landrecht Th. II, Tit. 4, §. 233. Andere Abweichungen der Particularrechte siehe bei Beseler §. 124, N. 9, 10.

122) Renaud a. a. O. S. 269, N. 66.

123) Vgl. hauptsächlich wegen der Adoptivkinder Walch S. 314; wegen der legitimirten S. 318 flg.

124) Leyser, Med. ad Pand. Sp. 20. med. 3. Sp. 193. med. 7. Walch S. 314.

Kinder geltend machen. Wenn solche auch, geschehe die Legitimation durch nachfolgende Ehe oder vollständig durch landesfürstliches Rescript, Rechte in der väterlichen Familie erlangen, so beruht dies doch auf den Grundsätzen des römischen Rechtes; nach älterem teutschen Rechte kam bei den Rechten der nächsten Erben nur die auf Zeugung in rechtmäßiger Ehe beruhende Verwandtschaft in Betracht; Legitimation war ein den Teutschen unbekanntes Institut. Es kann daher bei der aus jenen Rechten der nächsten Erben hervorgegangenen Erblosung auch nur die eheliche Verwandtschaft berücksichtigt werden. Selbstverständlich können Particularrechte sowohl hinsichtlich der Adoptirten als der Legitimirten Abweichungen begründen. — Wie wichtig es ist, ob man mit Mittermaier den nächsten Verwandten oder mit Renaud den nächsten Erben als den zum Retracte Berechtigten ansieht, geht aus folgendem Beispiele hervor. Der Verkäufer eines Gutes hat einen Sohn und einen Enkel von einem vorverstorbenen Sohne. Hier kommt es darauf an: hat der nächste Verwandte das Recht zur Losung, so wird der Sohn des Verkäufers unbedingt ausgeschlossen; anders aber, wenn, wie aus der Geschichte der Entstehung und aus der Idee des Institutes sich ergiebt, der nächste Erbe das nächste Recht hat. Da nämlich der Enkel des vorverstorbenen Sohnes im Erbrechte die Stelle seines Vaters einnimmt und neben dem Sohne berufen wird, so wird er auch neben diesem zur Losung berechtigt sein; daher muß die Prävention zwischen beiden entscheiden, insofern das zu retrahirende Gut untheilbar ist. Aus der Idee des Institutes der Erblosung geht weiter hervor, daß, wenn ein Gut an eine Person verkauft worden ist, welche in demselben Grade zur Erbschaft berufen wäre, wie derjenige, welcher den Retract ausüben will, der Retract nicht stattfinden kann, weil er ganz zwecklos sein würde. Ebenso ist auch umgekehrt gegen ein erbfähiges Mitglied der Familie der Retract zulässig, wenn der Retrahent dem Verkäufer als gesetzlicher Erbe näher steht als der Käufer, weil hier die veräußerte Sache durch den Retract in ihren gesetzlichen Erbgang zurückgebracht wird. — Es entsteht die Frage, ob der nächste Erbe, welcher von seinem Retractsrechte keinen Gebrauch macht, die entfernteren Erben von dem Retracte ausschließe [125]). Wenn man für die Bejahung dieser Frage vielleicht geltend machen wollte, daß im Augenblicke der Veräußerung der Sache das Retractsrecht des nächsten Erben begründet, mithin der Anfall des Retractes an einen entfernteren Erben wegen des Daseins des näheren Erben unmöglich sei, möge letzterer nun sein Recht ausüben oder nicht, so spricht dagegen die Idee der Erblosung. Wie nämlich bei dem Tode des Veräußerers sein Gut, wenn er es nicht verkauft hätte, dessen nächstem Erben, wenn dieser aber ausgeschlagen hätte, dem entfernteren angefallen wäre, so muß in derselben Weise zuerst der nächste Erbe, dann aber auch der entferntere zur Losung berufen werden. Passend ist mit-

125) Vgl. darüber Renaud a. a. O. S. 271 flg.

hin die Analogie, welche ältere Juristen durch die Worte andeuten, daß bei der Erblosung das edictum successorium Anwendung finde[126]). Der nächste Erbe, welcher vor allen anderen Familienmitgliedern zum Retracte berufen ist, kann es bis zum Ablaufe der Nothfrist, welche das Gesetz zur Ausübung des Retractes giebt, unbestimmt lassen, ob er sein Recht ausüben wolle oder nicht. Wenn nun der entferntere Erbe sich die Möglichkeit der Ausübung des Retractes vorbehalten will, auf den Fall, daß der nähere den Retract nicht ausübe, so muß er während derselben Frist sein Recht wahren. Dies kann er aber nur allein dadurch thun, daß er dem Besitzer der Sache ankündigt, daß er retrahiren wolle oder die Retractsklage anstellt. Daher muß jedem erbfähigen Verwandten des Verkäufers, ohne Rücksicht auf den Grad seiner Erbberechtigung, die Befugniß zustehen, innerhalb der Nothfrist, welche für Alle eine und dieselbe ist, die Retractsklage zu erheben. Natürlich wird hier aber der nächste Erbe alle anderen besiegen. Wenn z. B. der Bruder des Verkäufers retrahirt hat und sich bereits im Besitze der Sache befindet, so wird ihn der Sohn des Verkäufers innerhalb der gesetzlichen Frist abtreiben können; hat dagegen der Bruder des Verkäufers zwar die Retractsklage angestellt, die Sache aber dem Käufer noch nicht entwährt, so kann der Sohn im Wege der Intervention sein näheres Recht gegen den Käufer und gegen den Retrahenten geltend machen. — Was die den Retrahenten obliegende Beweislast betrifft, so muß, da nach dem bisher Bemerkten die Erblosung nur den aus rechtmäßiger Ehe stammenden Verwandten zugestanden werden kann, in der Regel der Kläger nur beweisen, daß er ein erbfähiges Mitglied der Familie des Verkäufers, d. h. ein aus rechtmäßiger Ehe stammender und durch eheliche Zeugung mit dem Verkäufer verwandter Blutsfreund sei, ohne den Grad seiner Verwandtschaft beweisen zu müssen. Nur in folgenden Fällen bedarf es eines Beweises der letzteren Art, nämlich aa) wenn mehrere Verwandte bei dem Retracte concurriren, wo dann derjenige den Vorzug hat, welcher seine Eigenschaft als näherer Erbe darthun kann; bb) auch ohne eine solche Concurrenz, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß er selbst ein Blutsverwandter des Verkäufers sei[127]). b) Der Retract ist ein persönliches Recht in dem Sinne, daß nur derjenige ihn ausüben kann, welcher in eigener Person dazu berechtigt ist, so daß also keine Cession hier giltig stattfinden kann. Man hat zwar eine Ausnahme zu Gunsten des vertragsmäßigen und testamentarischen Retractes annehmen wollen[128]) und dies darauf gestützt, daß, weil ein solches Recht auf die Erben übergehe, es auch cedirt werden könne, außer wenn rücksichtlich des testamentarischen Näherrechtes aus den Worten des Erblassers oder rücksichtlich des vertragsmäßigen aus den

126) Walch, Näherrecht 1. Ausg. Bd. 2, Hauptst. 1. Abschn. 1, §. 10.
127) Müller, Obs. 400. ad Leyserum. Walch a. a. O. S. 344 flg.
128) Glück a. a. O. S. 195 flg.

Worten des Vertrages eine Beschränkung auf die Person des Berechtigten hervorgeht. Allein auch hier muß regelmäßig eine Beschränkung auf die bestimmte Person des Berechtigten angenommen werden. Denn behält sich der Verkäufer bei der Veräußerung den Retract vor, so hat er ihn eben nur sich vorbehalten; daß er ihn seinen Erben habe vorbehalten wollen, läßt sich nach der ganzen Natur des Retractsrechtes, welches immer eine persönliche Begünstigung ist, nicht annehmen, da bei dem gesetzlichen Retracte, welcher doch auch den Typus für die auf Privatwillkür beruhenden Näherrechte abgiebt, nach der richtigen Meinung ein Uebergang auf die Erben nicht stattfindet. Derselbe Grund entscheidet für die Beschränkung des testamentarischen Näherrechtes auf die bestimmte Person, welcher solches bestellt worden ist. Hat freilich der Verkäufer sich und seinen Erben bei Veräußerung des Grundstückes den Retract vorbehalten oder hat der Testator den Retract auch auf die Erben des Legatars erstreckt, so hat es keinen Zweifel, daß sowohl der conventionelle als der testamentarische Retract giltig cedirt werden könne, es müßte denn wieder aus den Worten des Vertrages oder des letzten Willens eine Beschränkung auf die der Familie des Verkäufers oder des Legatars angehörigen Personen hervorgehen. — Ebensowenig läßt sich die Giltigkeit einer Cession dann behaupten, wenn das Recht der Erblosung an einen gleich nahen Verwandten cedirt wird [129]). Setzt man den Fall, daß die nächsten Erben des Verkäufers seine beiden Brüder sind; hier sind beide mit gleichem Rechte zum Retracte berufen. Da aber in der Regel dasselbe Gut nicht von zwei Personen retrahirt werden kann, so wird über den Vorzug des einen oder des anderen Bruders die Prävention entscheiden. Wenn nun der ältere Bruder zuerst dem Käufer seine Absicht, den Retract auszuüben, angezeigt hat und nun erklärt, seinem jüngeren Bruder sein Recht abtreten zu wollen, so kann doch hier von keiner Cession die Rede sein, da der jüngere Bruder aus eigenem Rechte retrahiren und nur von dem Verzichte seines älteren Bruders auf das von diesem durch die Prävention erworbene Vorzugsrecht Gebrauch machen wird [130]). Eine fernere Folgerung aus der Persönlichkeit des Retractsrechtes ist, daß ein erworbenes Recht der Art nicht auf die Erben des Berechtigten übergeht und zwar auch dann nicht, wenn die Retractsklage vom Erblasser bereits anhängig gemacht worden ist [131]). Endlich folgt aus demselben Princip, daß der Retractsberechtigte sein Recht nicht zu Gunsten einer anderen Person ausüben kann. Sonst wäre das Verbot der Cession des Retractes, weil es dann sehr leicht umgangen werden könnte, illusorisch. Wenn also der Besitzer

129) Vgl. Renaud a. a. O. S. 273.

130) Walch a. a. O. S. 120, N. 1. Renaud S. 273 flg. Auch Phillips, welcher in §. 77, N. 19 der 2. Ausgabe die Zulässigkeit der Cession des Retractes an einen gleich nahen Verwandten behauptet hatte, hat diese Behauptung im §. 77, N. 22 der 3. Ausgabe zurückgenommen.

131) Walch S. 128, 315, N. 13. Renaud S. 274.

des zu retrahirenden Grundstückes einen begründeten Verdacht hat, daß der Retrahent zu Gunsten einer anderen Person retrahiren wolle, so kann der Retrahent diesfalls zu einem Eide angehalten werden, um diesen Verdacht abzulehnen. Der Besitzer muß freilich sein Vorgeben, daß der Retrahent zu Gunsten einer anderen Person retrahiren wolle, beweisen; er kann sich dazu des Eidesantrages sowie aller anderen Beweismittel bedienen; kann er nur Thatumstände beweisen, aus denen sich blos die Vermuthung eines solchen Verdachtes ergiebt, so kann es am Ende zu einem Reinigungseide des Retrahenten kommen[132]). Ein solcher Verdacht ist z. B. aus der Armuth des Retrahenten oder auch daraus abzunehmen, daß der Retrahent zu derselben Zeit, wo er den Retract ausüben will, seine eigenen Güter veräußert[133]); ja bei der Erblosung schon dann, wenn er überhaupt Erbgüter an eine nicht verwandte Person verkauft[134]). Selbstverständlich ist dem Retrahenten, wenn ihm der Eid in Betreff eines solchen Verdachtes angetragen wird, die Gewissensvertretung nach allgemeinen processualischen Grundsätzen unbenommen[135]). In der Anwendung werden sich hier häufig schwierige Fragen ergeben. Setzt man z. B. den Fall, daß der Retrahent auf den Eidesantrag des beklagten Besitzers schwört, daß er den Retract nur in seinem eigenen Interesse, nicht zu Gunsten einer anderen Person ausübe und der Beklagte hierauf zur Abtretung des Grundstückes an den Retrahenten verurtheilt wird, der Retrahent aber sofort wieder das retrahirte Grundstück an einen Fremden veräußert, so ist nach der Ansicht Mancher die Vermuthung begründet, daß jener zu Gunsten eines Anderen retrahirt habe[136]). Dagegen ist aber mit Renaud[137]) zu erwidern, daß gegen eine solche Annahme den Retrahenten der von ihm geleistete Eid schützt. Wie aber verhält sich die Sache, wenn der erwähnte frühere Besitzer darthun könnte, daß der Retrahent schon zu der Zeit, wo er den Retract ausübte, die Absicht gehabt habe, das fragliche Gut an einen Dritten abzutreten; ein Punkt, welcher sich z. B. durch vorgefundene Tractaten leicht erweisen läßt. Die Entscheidung in einem solchen Falle ging von Seiten der Juristenfacultät zu Helmstädt im December 1714 dahin: es solle die zu Gunsten einer fremden Person ausgeübte Erblosung, ungeachtet des vom Retrahenten geleisteten Eides und des rechtskräftigen Urtheiles, wodurch der Besitzer zur Abtretung des Gutes an den Retrahenten verurtheilt worden war, nichtig sein und

---

132) Siehe Walch S. 119, 669. Renaud S. 274. Vgl. auch preuß. Landr. Th. I, Tit. 20, §. 595. Berner Civilrecht S. 823, 828.

133) Renaud S. 274.

134) Phillips §. 77, N. 24, 3. Ausgabe und die daselbst angeführten Schriftsteller.

135) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 193. med. 7. Müller, obs. ad h. l. Renaud S. 274.

136) Phillips §. 77 und die Note 25 angeführten Schriftsteller.

137) Renaud S. 274.

der verurtheilte Käufer die Sache gegen jeden Besitzer vindiciren können. In den Entscheidungsgründen äußerte sich die gedachte Spruchbehörde dahin: das Urtheil, wodurch der Käufer zur Abtretung der Sache an den Retrahenten verurtheilt worden, sei von der durch den Eid des letzteren begründeten Voraussetzung ausgegangen, daß der Retract nicht zu Gunsten einer dritten Person ausgeübt werde; bei der Unrichtigkeit der Voraussetzung sei aber das Urtheil null und nichtig, somit auch die Abtretung der Sache unkräftig, und es habe demnach der vom Retrahenten entwährte Besitzer sein Eigenthumsrecht an der Sache nie verloren[138]. Dieser Entscheidung kann jedoch nicht beigepflichtet werden, weil die Nichtigkeit eines Urtheiles wegen unrichtiger Voraussetzungen, auf welche sich dasselbe gründet, nicht angenommen werden kann, im vorliegenden Falle umsoweniger, als die Voraussetzung durch den Eid des Retrahenten bekräftigt war. Selbst wenn dem Retrahenten ein Meineid nachgewiesen werden könnte, würde doch nach den Bestimmungen der Carolina[139]) nicht eine Nichtigkeit des früheren Processes, sondern nur eine Verpflichtung des Meineidigen zum Ersatze des durch den Meineid zugefügten Schadens, welche mittelst der actio de dolo geltend zu machen wäre, anzunehmen sein. Wir müssen also Renaud beitreten, wenn er dem entwährten Käufer die Möglichkeit abspricht, durch ein ordentliches Rechtsmittel die retrahirte Sache wieder zu erlangen, wohl ihm aber gegen den dolosen Retrahenten eine Klage auf Schadenersatz und Interesse verstattet. 3) Der Retrahent muß, wenn er von seinem Rechte Gebrauch machen will, gewisse Verpflichtungen übernehmen. Es fragt sich nun, welches diese Verpflichtungen sind und gegen wen sie übernommen werden müssen. Das Retractsrecht hat sich als ein das alte Stammgutssystem milderndes Institut ausgebildet. Wie früher die Erben dessen, welcher ein Grundstück veräußerte, dasselbe von einem jeden Besitzer ohne weiteres vindiciren konnte, so sollten sie nun mittelst des Retractes bei verkauften Immobilien denselben Zweck wie mit der Vindication erreichen können, jedoch unter der durch die Billigkeit gebotenen Modification, daß sie nun dem Käufer des Grundstückes den positiven Schaden vergüten mußten, den ihm sonst das Kaufgeschäft verursacht hätte. Es sollte also der Retrahent dem Käufer alle Kosten, demnach sowohl den Kaufpreis als die Vertragskosten ersetzen[140]). Allein es wurde hier offenbar nur an den ersten

---

138) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 193. med. 8. Dieser Entscheidung pflichtet bei Walter §. 390. Siehe dagegen Renaud S. 275.

139) Peinl. Gerichtsordnung Art. 107.

140) Natürlich wird nur der wirklich verabredete, nicht der fingirte Kaufpreis vom Retrahenten zu ersetzen sein, worüber ihm der Beweis obliegt. Unter dem Kaufgelde ist hier übrigens sowohl das eigentliche Kaufgeld zu verstehen, als auch dasjenige, was unter dem Namen des Weinkaufes, Schlüssel-, Herde- oder Strickgeldes neben dem Kaufgelde bedungen ist und gleichfalls unter dem Kaufgelde überhaupt jedesmal mit begriffen wird. Walch a. a. O. S. 191.

Käufer gedacht, an denjenigen, welcher die Sache aus den Händen des veräußernden Familienmitgliedes erhalten hatte. Bei der Seltenheit des Verkehrs, bei der Unbeweglichkeit des Vermögens, bei der kurzen Frist von Jahr und Tag, welche zur Ausübung des Retractes zustand, befand sich zur Zeit der Geltendmachung des Retractes die Sache in der Regel immer noch in den Händen des ersten Erwerbers. Was diesen betrifft, so soll ihm der Retrahent jeden positiven Schaden aus dem Kaufgeschäfte ersetzen, mithin auch Vergütung für persönliche Leistungen, zu welchen der Erwerber sich neben dem Kaufpreise verbindlich gemacht hat, gewähren. Hat er aber seine Verbindlichkeiten gegen den Verkäufer nicht erfüllt, so kann sich letzterer, insoweit dies der Sache nach möglich ist, in die Rechte seines Schuldners an den Retrahenten substituiren lassen[141]). Es entsteht die Frage, ob der Retrahent eine Herabsetzung des Kaufpreises verlangen könne, wenn dieser mehr als das Doppelte des wahren Werthes der Sache beträgt. Manche bejahen[142]), Manche verneinen diese Frage[143]). Das letztere geschieht von Renaud lediglich aus dem Grunde, weil L. 2. C. de rescind. vendit. (IV. 44.) nur vom Verkäufer spreche, welcher unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft hat. Da aber Viele, insbesondre die Praktiker, auch dem Käufer das Recht, auf Aufhebung des Kaufes wegen übermäßiger Verletzung zu dringen, verstatten, eine Meinung, welche in diesem Werke gebilligt worden ist[144]), so muß auf diese Frage näher eingegangen werden. Der Retrahent wird zwar dann, wenn er den Retract bereits ausgeübt hat und nun erst sieht, daß er verletzt ist, auch der Käufer nicht gewußt hat, daß er übermäßig verletzt sei, gegen den Verkäufer wegen übermäßiger Verletzung klagen können, und er kann sich die deshalb dem Käufer zustehende Klage cediren lassen; er wird aber auch ohne Cession als an die Stelle des Käufers tretend eine utilis actio haben. Wenn aber der Nähergelter erst den Retract ausüben will, so muß er das Kaufgeld bezahlen, wenn es auch noch so hoch wäre, es mag nun der Käufer die Verletzung gewußt haben oder nicht. Im ersten Falle nämlich stand dem Käufer selbst kein Klagrecht wegen übermäßiger Verletzung zu; es kann daher auch dem Retrahenten nicht zustehen. Im letzteren Falle, wenn der Käufer die Verletzung nicht gewußt hat, weiß es ja der Retrahent, wenn er sich deshalb den ganzen Kaufschilling zu bezahlen weigert. Er braucht ja blos den Retract, wenn er sich verletzt glaubt, zu unterlassen, und wenn er dennoch von demselben Gebrauch macht, so wird ihm stets dasjenige entgegenstehen, was einem Käufer, welcher sich wissentlich zu einem so hohen Kaufgelde versteht, entgegengesetzt werden kann. Wäre freilich der Kaufpreis dem Retrahenten zum Nachtheile so hoch gesetzt worden, so würde der Retrahent allerdings

141) Renaud a. a. O. S. 276, 277.
142) So Leyser, Med. ad Pand Sp. 193. corr. 1.
143) Renaud S. 277, N. 87.
144) Siehe den Artikel Kauf Bd. VI, S. 35.

nicht daran gebunden sein, aber nicht deshalb, weil eine übermäßige Verletzung vorliegt, sondern weil der Kaufpreis ein fingirter ist [145]). Bisher war die Rede davon, was der Retrahent zu leisten habe, wenn sich die Sache noch in den Händen des ersten Erwerbers befindet. Dagegen ist es sehr bestritten, was der Retrahent zu leisten habe, wenn der erste Käufer die retrahible Sache vor der Anzeige des Retrahenten, daß er retrahiren wolle, weiter verkauft hat, wozu er als Eigenthümer offenbar berechtigt war. Zwar ist man darüber einig, daß der Retrahent den zweiten und ferneren Käufer als Besitzer der Sache belangen könne und ihm einen positiven Schaden vergüten müsse. Was aber unter diesem Schaden begriffen sei, darüber sind die Meinungen verschieden. Manche beschränken die Verpflichtung des Retrahenten, weil sein Recht, um den ersten Kaufpreis zu retrahiren, bei der ersten Veräußerung der Sache begründet gewesen sei, auf die Bezahlung des ersten Kaufpreises sammt Accessorien, so daß der zweite Käufer, gegen welchen retrahirt wird, unter Umständen von dem Retrahenten weniger erhält, als er selbst für die Sache bezahlt hat [146]). Andere hingegen verpflichten den Retrahenten zur Bezahlung dessen, was der jetzige Inhaber, gegen welchen retrahirt wird, dafür gegeben hat [147]). Wir können uns nur für die letztere Meinung erklären, denn das was als dinglich mit dem Grundstücke auf die zweite und dritte Hand übergeht, ist nur die bestimmte Möglichkeit, retrahirt zu werden. Das Recht, für den ersten Kaufpreis zu retrahiren, ist kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht. Wenn auch durch den ersten Kauf das Recht zu retrahiren begründet war, so kann dasselbe doch nicht bei ferneren Veräußerungen von Seiten des ersten Käufers darauf beschränkt werden, daß der Retrahent nur den ersten Kaufpreis sammt Accessorien zu ersetzen habe, weil dieses zu offenbaren Ungerechtigkeiten gegen denjenigen, welcher die Sache aus der zweiten, dritten Hand u. s. w. erworben hat, führen würde. Der Entwährte wird zwar unter Umständen einen Anspruch auf Evictionsleistung gegen seinen Auctor geltend machen können, wovon später noch die Rede sein wird; gesetzt aber, der Auctor ist zahlungsunfähig, so erleidet der Entwährte, welcher einen geringeren Kaufpreis erhält als er selbst gegeben hat, einen Verlust, den er nicht einmal durch die Klage auf Evictionsleistung repariren kann. Die Ungerechtigkeit der Ansicht, daß nur der erste Kaufpreis zu erstatten sei, tritt noch greller hervor, wenn, was die gewöhnliche Meinung ist, dem Käufer gegen den Verkäufer im Falle des ausgeübten Retractes gar kein Evictionsanspruch zugestanden wird, indem dann der Entwährte, welcher aus der zweiten Hand u. s. w. erworben hat, wenn ihm nur der erste geringere Kaufpreis erstattet wird, gar keine Klage gegen seinen Auctor hat. Ist der

145) Walch S. 194, 195.

146) Eichhorn §. 103. Renaud S. 277. Gerber §. 176. Beseler §. 125, Nr. VI, lit. b. Phillips §. 77 3. Ausg.

147) Mittermaier §. 287, Nr. VII. Walter §. 390, Nr. V.

Erwerbstitel desjenigen, welcher vom ersten Käufer vor der Anzeige des Retrahenten, daß er den Retract ausüben wolle, erworben hat, eine Schenkung, so kann der Retract nicht ausgeübt werden. Derselbe fällt infolge des Principes, daß der Retrahent zum vollständigen Ersatze alles desjenigen verpflichtet sei, was der jetzige Inhaber dafür gegeben hat, weg[148]). Dagegen wollen Andere auch in diesem Falle die Ausübung des Retractes gegen Erlangung des von dem Schenkgeber bezahlten Kaufpreises gestatten, so daß also hier die Kaufsumme an die Stelle der geschenkten Sache trete[149]). — Was ferner die Frage betrifft, inwieweit der Retrahent dem Besitzer die auf die Sache gemachten Verwendungen zu ersetzen habe, so sind darüber die Ansichten sehr verschieden. Einige behandeln den Besitzer als einen bonae fidei possessor und wollen ihm die impensae necessariae und utiles erstattet wissen; wegen der impensae voluptuariae räumen sie ihm ein ius tollendi ein; unter den nothwendigen Kosten begreifen sie sogar die Proceßkosten, welche der Besitzer wegen der Sache oder eines Theiles derselben gehabt hat, er mag nun dabei gewonnen haben oder nicht; sie verlangen auch bei einer jeden Art von Verwendungen, welche der Retrahent ersetzen soll, daß sie mäßig sind und mit demjenigen, worauf sie gemacht sind, im Verhältnisse stehen, auch nicht etwa aus Gefährde, um den Retrahenten vom Retracte auszuschließen, gemacht sind[150]). Andere dagegen verwerfen die Analogie des bonae fidei possessor[151]) und gehen vielmehr von dem Gesichtspunkte aus, daß in dem Augenblicke, wo die retrahible Sache kaufsweise aus einem bestimmten Kreise herausgebracht werde, das Recht des Nähergelters begründet sei, die Sache gegen Erstattung der Kaufskosten an sich zu ziehen. Derselbe habe somit eigentlich keine anderen Kosten als diese zu tragen. Habe jedoch der Besitzer einen nothwendigen Aufwand auf die Sache gemacht, so sei ihm dieser vom Retrahenten zu erstatten, da letzterer ihn sonst selbst hätte machen müssen; zum Ersatz der impensae utiles und voluptuariae an den Beklagten sei er aber nicht verpflichtet. In Bezug auf diese beiden letzteren Arten von Aufwand müsse man jedoch dem Besitzer ein ius tollendi einräumen, weil der Retrahent die Sache blos in dem Zustande verlangen könne, in welchem sie zum ersten Male kaufsweise veräußert wurde. Noch Andere endlich verpflichten den Retrahenten zum Ersatze aller auf die Sache gemachten Verwendungen, selbst der impensae voluptuariae[152]). Dieser letzteren Meinung muß man beitreten. Die Analogie des bonae

148) Walter §. 390, Nr. V.

149) Renaud S. 277.

150) Vgl. besonders Walch S. 214 flg. Unter den Neueren folgen ihm Mittermaier §. 288. Maurenbrecher § 317. Gengler, Lehrb. des teutschen Privatrechtes S. 392.

151) So Renaud S. 278. Ihm folgen Phillips §. 77. Gerber §. 176.

152) Walter §. 390, Nr. III.

fidei possessor reicht nicht hin, um das Verhältniß des Besitzers vor der Anmeldung des Retractes zu bezeichnen; vielmehr durfte sich der Besitzer, wie Walter mit Recht bemerkt, so lange der Retrahent sich nicht angemeldet hat, als freier Eigenthümer betrachten und es ist lediglich Schuld des Retrahenten, wenn er sich nicht früher meldete. Von dem Augenblicke freilich, wo der Retrahent sich angemeldet hat, kann der Besitzer nur als malae fidei possessor angesehen werden, so daß ihm zwar die impensae necessariae jedenfalls ersetzt werden müssen, wegen der impensae utiles und voluptuariae aber ihm nur ein ius tollendi zustehen kann. Was umgekehrt die Verschlechterungen betrifft, welche das Gut erlitten hat, so darf sich der Retrahent dafür nicht durch Abzug an den von ihm zu bezahlenden Kaufskosten schadlos halten, außer wenn solche durch den Besitzer doloser Weise (in fraudem retractus) herbeigeführt worden sind. Dies ist aber rücksichtlich aller Verschlechterungen der Sache anzunehmen, welche der Besitzer seit der Anmeldung des Retractes wissentlich und mit Willen vorgenommen hat[153]). Es beruht dies darauf, daß der Besitzer wirklicher Eigenthümer des retrahiblen Gutes ist, also damit willkürlich schalten darf, sofern dies nicht absichtlich zum Nachtheile der Rechte anderer Personen geschieht. Wegen der vor der Anmeldung des Retractes vorgenommenen Verschlechterungen wird aber ein specieller Beweis des dolus des Besitzers erforderlich sein, während hinsichtlich der späteren der dolus vermuthet wird. Im übrigen hat sich der Retrahent, welcher sofort nach geschehener Veräußerung den beabsichtigten Retract anmelden konnte, selbst es zuzuschreiben, wenn er die vorher geschehenen Verschlechterungen der Sache tragen muß. Was die vor Anmeldung des Retractes von dem Besitzer auf das retrahible Gut gelegten Servituten, Hypotheken und andere dingliche Rechte betrifft, so erachten Einige solche Bestellungen nicht allein für giltig geschehen, da sie durch den Eigenthümer stattfanden, sondern sie wollen dem Retrahenten nicht einmal das Recht gestatten, sich dafür am Kaufpreise schadlos zu halten, außer wenn er im einzelnen Falle dem Besitzer einen dolus nachweisen kann[154]). Andere hingegen behaupten, daß solche Rechte wegfallen müßten, weil das Recht des Besitzers ein widerrufliches war und die Betheiligten es sich selbst beimessen müßten, daß sie sich nicht gehörig vorgesehen haben[155]). Wir müssen der ersteren Ansicht insofern beipflichten, als dergleichen Verminderungen der Substanz des Grundstückes allerdings für giltig zu achten sind, weil sie der wirkliche Eigenthümer bestellt hat; dagegen können wir dieser Ansicht insofern nicht beitreten, als der Retrahent nicht einmal berechtigt sein soll, sich dafür am Kaufpreise schadlos zu halten, indem dies in eine solche Ungerechtigkeit gegen den Retrahenten ausarten kann, daß er am

153) Renaud S. 278 flg. Walter §. 391, Nr. I.

154) Renaud S. 279. Maurenbrecher §. 317. Mittermaier §. 288, Nr. 8. Siehe auch Walch S. 582.

155) Walter §. 391, Nr. I.

Ende nichts erhält, z. B. wenn er ein mit Hypothekenschulden sehr belastetes Gut retrahirt, dieselben übernehmen muß und doch dem Käufer den vollen Kaufpreis ersetzen soll. Wir müssen vielmehr dem Retrahenten das Recht einräumen, sich für die dem Grundstücke vom Käufer auferlegten dinglichen Rechte am Kaufpreise schadlos zu halten, weil sich sonst der Käufer mit seinem Schaden bereichern würde. Den Grund für die zweite oben erwähnte Ansicht, daß das Recht des Besitzers ein revocables sei und die Betheiligten es sich selbst beizumessen haben, wenn sie sich nicht gehörig vorgesehen haben, kann man nicht anerkennen. Denn wenn auch das Recht des Besitzers ein widerrufliches ist, so kommt es doch rücksichtlich der von demselben als zeitweiligem Eigenthümer auf die Sache gelegten dinglichen Rechte darauf an, ob sein Eigenthum ein sog. dominium revocabile ex tunc oder ex nunc ist. Daß aber das Recht des Käufers bis zur Ausübung des Retractes ein dominium revocabile ex tunc sei, wird nicht behauptet werden können; vielmehr wird sein Recht als ein dominium revocabile ex nunc betrachtet werden müssen, ebenso wie das Recht des Käufers bei Ausübung des bedungenen Wiederkaufsrechtes als ein solches zu betrachten ist. Eben daher wird nach Analogie des Wiederkaufes anzunehmen sein, daß der Retrahent für die vom Käufer auf die Sache gelegten Lasten einen Abzug am Kaufpreise machen kann[156]), da der Retract ein, jedoch mit dinglicher Wirkung gegen den dritten Besitzer versehenes, Einlösungsrecht ist. Was aber den ferneren Grund betrifft, daß die Betheiligten es sich selbst beizumessen hätten, wenn sie sich nicht gehörig vorgesehen haben, so kann sich z. B. der Hypothekengläubiger, welcher dem Käufer auf das retrahible Grundstück Geld gegen Verpfändung desselben vorgestreckt hat, selbst rücksichtlich des gesetzlichen Retractes, wenn solcher auf Statut oder Gewohnheit beruht, in einer entschuldbaren Unwissenheit befinden, und jedenfalls ist er berechtigt, zumal nach der in Teutschland fast allgemein gesetzlich bestehenden gerichtlichen Bestätigung der Veräußerungscontracte über Immobilien, denjenigen, welcher vermöge eines solchen bestätigten Contractes erworben hat, für den wirklichen Eigenthümer zu halten. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn die den Contract bestätigende Gerichtsbehörde bei der Confirmation ausdrücklich bemerkt hätte, daß das Grundstück dem Retracte unterliege, indem sich dann derjenige, welcher dem Erwerber Geld vorstrecken will, von dem Retracte unterrichten könnte, und wenn er es unterlassen hat, sich lediglich selbst beizumessen hätte, wenn er dann Schaden erleidet. — An die vorstehend behandelten Fragen knüpft sich endlich noch die von der Verpflichtung des Verkäufers oder sonstigen Auctors zur Evictionsleistung gegen den entwährten Besitzer, da der letztere oft für den durch den Retract erlittenen Schaden (positiver Schade und Interesse) eine Vergütung in der vom Retrahenten empfangenen Zahlung nicht finden wird. Als Regel

156) Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 218, 219.

wird hier behauptet [157]), daß der Auctor dem durch den Retrahenten entwährten Besitzer keine Eviction zu leisten habe, wenn er sich nicht ausdrücklich für diesen Fall dazu verpflichtet hat, wofür von Renaud der Grund geltend gemacht wird, weil der Retract als eine dingliche Beschränkung des Eigenthums auf ähnliche Weise wie eine Hypothek auf dem Gute ruhe und der Verkäufer sein Eigenthumsrecht nur insoweit veräußert habe, als dasselbe sich noch in seinen Händen befand. Insofern weiter das verkaufte Gut kraft Gesetzes oder Gewohnheit retractpflichtig sei, könne es der Käufer allein seiner Rechtsunkenntniß zuschreiben, wenn er von einer solchen dinglichen Eigenthumsbeschränkung an der verkauften Sache nichts wußte und ebenso müsse er sich selbst den erlittenen Schaden beimessen, wenn das durch Vertrag oder Testament einem Dritten bestellte Näherrecht erst durch geschehene Zufertigung und Eintragung in die Grundbücher erworben worden ist. Nur da, wo der conventionelle oder testamentarische Retract ohne Eintragung in die Grundbücher begründet werde, sei dem Verkäufer, welcher seinen Käufer nicht von dem Dasein einer solchen Last des Gutes in Kenntniß setzte, dolus beizumessen und somit, in Abweichung von der gemeinen Regel, die Pflicht zur Evictionsleistung an den entwährten Besitzer aufzuerlegen, wofür ihm vom letzteren der Streit zur gehörigen Zeit denuncirt worden ist. Was den von Renaud für den Wegfall der Pflicht zur Evictionsleistung geltend gemachten Grund anlangt, weil die Retractspflicht als eine dingliche Eigenthumsbeschränkung gleich einer Hypothek auf einem Gute ruhe und der Verkäufer sein Eigenthumsrecht nur insoweit veräußert habe, als es sich in seinen Händen befand, so spricht dieser vielmehr für die Verpflichtung zur Evictionsleistung. Denn ohne Zweifel muß der Verkäufer, wenn dem Käufer das Grundstück auf Grund einer gesetzlichen Hypothek, rühre diese aus der Zeit des Eigenthums des Verkäufers oder eines seiner Vorbesitzer her, evincirt wird, Eviction leisten, und die von Renaud geltend gemachte Analogie des Pfandrechtes begründet also vielmehr die Pflicht des Verkäufers gegen den infolge der Ausübung des Retractes entwährten Besitzer, als sie den Wegfall derselben motivirt. Dann aber ist bereits früher bemerkt worden, daß bei dem auf Gesetz oder Gewohnheit beruhenden Retracte nicht unter allen Umständen dem Käufer eine schuldhafte Rechtsunwissenheit, deren Folgen derselbe jedenfalls zu tragen habe, zur Last falle. Es wird demnach die Frage, ob der Käufer, wenn ein sog. gesetzlicher Retract gegen ihn ausgeübt wird, gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Evictionsleistung habe, nicht so unbedingt verneint werden können, sondern es wird darauf ankommen, ob die Umstände von der Art sind, daß sich dem Käufer eine schuldbare Rechtsunwissenheit zur Last legen läßt. Hinsichtlich des conventionellen und testamentarischen Retractes sind wir jedoch mit der obigen Ansicht ganz

157) Renaud S. 279, 280. Walter §. 391, Nr. III.

einverstanden. — Anlangend den Zeitpunkt, in welchem der Retrahent die ihm zukommenden Verpflichtungen gegenüber dem Besitzer der Sache zu erfüllen hat, so ist derselbe nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen[158]. Die Verbindlichkeiten, welche Retrahent und Besitzer gegen einander haben, sind synallagmatischer Art; sie sind mithin zu gleicher Zeit von beiden Seiten zu erfüllen. Es muß daher der Retrahent, welcher sein Recht ausüben will, dem Besitzer die Zahlung der Kaufskosten anbieten und zwar nicht blos mündlich, sondern er hat die Summe, soweit sie auszumitteln ist, baar anzubieten und, wenn sie nicht angenommen wird, gerichtlich zu deponiren. Sind dem Käufer Zahlungsfristen bewilligt, so genießt der Retrahent, wenn er wegen des Restes Caution stellt, denselben Vortheil[159]. — Was schließlich die Frage betrifft, wie es mit der Herausgabe der Nutzungen des retrahirten Grundstückes von Seiten des Besitzers an den Retrahenten stehe, so compensiren sich die bis zur Abtretung des Grundstückes gezogenen Früchte mit den Zinsen des entbehrten Kaufgeldes; die hängenden Früchte folgen dem Grundstücke gegen Erstattung der Culturkosten[160].

E. Erlöschung des Retractsrechtes. Das Retractsrecht erlischt in folgenden zwei Hauptfällen: 1) wenn die zum Retracte berechtigten Personen ihr Recht innerhalb der gesetzlichen Frist nicht geltend machen. Die Particularrechte enthalten gewöhnlich sehr kurze Verjährungsfristen[161]. Gemeinrechtlich beträgt diese Frist Jahr und Tag, weil sie historisch zum Institute gehört[162] und die lange Verjährung von 30 Jahren schlecht dazu paßt[163]. Eine Ausnahme macht Leyser[164] für den Fall, wo der Verkauf des retrahiblen Grundstückes den retractsberechtigten Personen gehörig angezeigt worden ist, indem er alsdann die Klage in 30 Tagen und im Falle der Minderjährigkeit in 4 Monaten verjähren läßt. Diese Ausnahme ist aber unbegründet, indem sie sich lediglich auf die früher erwähnte Constitution Kaiser Friedrich's II. (V. Feud. 13.) stützt, die in Teutschland nicht recipirt worden ist. Die Frist zur Anstellung der Retractsklage läuft erst von dem Augenblicke an, wo der Retractsberechtigte von dem Verkaufe Kennt=

158) Vgl. Renaud S. 279.

159) Mittermaier §. 288, Nr. 6. Gengler §. 88, Anm. S. 393. Walter §. 390, Nr. IV. A. M. ist Renaud S. 279, weil er das Princip verwirft, daß der Retrahent bei der Ausübung seines Rechtes in den Kauf eintrete. —

160) Walter §. 391, Nr. I.

161) Vgl. die bei Beseler §. 125, N. 30 angeführten Particularrechte.

162) II. Feud. 9. §. 1. Sächs. Landr. B. 1, Art. 34. B. 3, Art. 83. Ueber die Bedeutung der Frist von Jahr und Tag vgl. den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 314 flg.

163) So sagen auch Eichhorn §. 104. Mittermaier §. 289, Nr 2. Renaud S. 280. Beseler §. 125, N. VII. Gengler §. 88, Anm. S. 394. Phillips §. 78. Maurenbrecher §. 316. Gerber §. 176. Walter §. 392.

164) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 195. med. 2.

niß erhalten hat. Wichtig ist dabei die Controverse über die Natur des Retractsrechtes, ob man dasselbe als ein dingliches Recht betrachtet, welches erst mit dem Augenblicke begründet ist, wenn das verkaufte Gut durch Uebergabe an den Käufer gelangt ist, oder ob man das Retractsrecht als ein vorherrschend persönliches, welches zugleich ein Vorkaufsrecht enthält, ansieht. Denn, wenn das erstere angenommen wird, so muß der Retrahent nicht blos von dem geschlossenen Kaufvertrage, sondern auch von der dem Käufer geschehenen Uebergabe Kenntniß haben; nimmt man das letztere an, so genügt die Kenntniß des Retractsberechtigten von dem geschlossenen Kaufvertrage. Wir können uns nach dem bereits früher Ausgeführten nur für das letztere entscheiden. Behufs des Zeitpunktes dieser Kenntniß ist es nun wichtig und macht einen weiteren Beweis überflüssig, wenn dem Retractsberechtigten das Gut zum Kaufe angeboten worden ist; natürlich muß dieses Angebot bewiesen werden. Die gemeinrechtliche Verjährung von 30 Jahren findet jedenfalls dann Anwendung, wenn der Zeitpunkt, zu welchem der Retractsberechtigte Kenntniß erhalten hat, nicht nachgewiesen werden kann; der Retract wird dadurch stets ausgeschlossen, der Berechtigte mag sich auch in Unkenntniß von der Veräußerung befunden haben, sei auch diese Unkenntniß eine durch äußere Hindernisse, z. B. Abwesenheit, veranlaßte gewesen[165]). Minderjährigen läuft die Frist von Jahr und Tag erst von der Zeit an, wo sie nach erlangter Volljährigkeit Kenntniß erhalten haben[166]). Das Retractsrecht erlischt ferner 2) durch die giltige Entsagung sämmtlicher hierzu berufenen Personen. Der Verzicht der einen oder anderen dieser Personen, z. B. des nächsten Erben, ist hingegen für die übrigen ohne Einfluß und Nachtheil, die Entsagung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. In welchen Fällen hier ein stillschweigender Verzicht anzunehmen sei, ist bestritten. Im allgemeinen läßt sich nur sagen, daß ein stillschweigender Verzicht nicht zu vermuthen sei, sondern sich mit Sicherheit aus den Umständen folgern lassen müsse. Nach der gewöhnlichen Meinung ist ein solcher anzunehmen, wenn der Berechtigte den angebotenen Vorkauf abgelehnt oder in den Verkauf des Gutes ausdrücklich gewilligt hat[167]). Dagegen hat sich Re-

165) Die Anwendung der 30jährigen Verjährung findet auch in dem alten teutschen Rechte insofern Unterstützung, als schon dieses statt des tempus utile von Jahr und Tag ein tempus continuum von 30 Jahren, Jahr und Tag für diejenigen bestimmte, deren Schweigen innerhalb Jahr und Tag durch Abwesenheit oder Unbekanntschaft mit der vorgegangenen Veränderung entschuldigt wird. Vgl. den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 318 flg.

166) Schon das alte teutsche Recht machte diese Ausnahme; wenigstens ließ es die Frist von Jahr und Tag den Unmündigen erst von erreichter Mündigkeit an laufen. Vgl. den Artikel Verjährung a. a. O. S. 317. Auch nach dem römischen Rechte ist diese Ausnahme gerechtfertigt. L. 5. C. in quib. caus. in int. rest. necessaria non est. (II. 40. (41.))

167) Walch S. 252. Eichhorn §. 104. Phillips §. 78. Mittermaier §. 289. Gerber §. 176. Beseler §. 125, N. 28. Gengler S. 393, 394. Walter §. 392.

naud[168]) gegen die Annahme eines stillschweigenden Verzichtes in beiden Fällen erklärt. Er sagt: a) aus der Thatsache, daß der nächste Erbe das ihm zum Kaufe angebotene Gut ausgeschlagen hat, lasse sich der Natur der Sache nach noch nicht schließen, daß er auf sein Recht, zu retrahiren, habe verzichten wollen. Derselbe habe sich ja vielleicht zu der Zeit des ihm gemachten Anerbietens in der Unmöglichkeit, das Gut zu kaufen, befunden, ohne daß er sich deshalb seines Rechtes begeben mochte, das einem Anderen verkaufte Gut zu retrahiren, falls er dazu zur Zeit der Veräußerung im Stande sein sollte. So lange das Gesetz an die Thatsache, daß der nächste Erbe das zum Kaufe angebotene Gut ausgeschlagen, nicht die Rechtsvermuthung geknüpft habe, daß dieser auf sein Retractsrecht verzichtet habe, m. a. W., so lange durch Gesetz oder Gewohnheit das Retractsrecht nicht auf den Fall beschränkt ist, wo dem Berechtigten das Gut nicht zum Vorkaufe angeboten wurde, so lange bleibe die Annahme eines Verzichtes im angeführten Falle ungegründet. b) Wenn der Eigenthümer eines Gutes von seinen nächsten Erben die Einwilligung in einen vorhabenden Verkauf verlange, so sei wohl, da er dieser Einwilligung gar nicht bedurfte, die Annahme gerechtfertigt, daß er die Einwilligung zu dem Zwecke nachgesucht habe, seinen nächsten Erben auf das ihm zustehende Retractsrecht verzichten zu lassen; allein aus der unnöthig ertheilten Einwilligung folge kein Verzicht auf das Retractsrecht, da sich die Absicht, darauf zu verzichten, nicht annehmen lasse. Der einwilligende Erbe habe, indem er das überflüssige Jawort aussprach, vielleicht gar nicht an sein Retractsrecht gedacht oder die Bitte um Einwilligung als bloße Höflichkeitsdemonstration angesehen, welche er nicht anders als bejahend beantworten könne, oder er habe auch mit der festen Absicht, zu retrahiren, eingewilligt, wo er einwilligen mußte und seine Protestation gegen den Verkauf ganz unerheblich gewesen wäre. Allein zu a) kann Renaud's Ansicht schon nach der geschichtlichen Entwickelung des Institutes nicht beigepflichtet werden, da ja das Angebot an den nächsten Erben gerade zu dem Zwecke nöthig war, um diesem Gelegenheit zum Erwerbe des Gutes zu geben und wenn der nächste Erbe von diesem Angebote keinen Gebrauch machen zu wollen erklärte, freie Veräußerung zulässig war, indem dann das Revocationsrecht wegfiel[169]), aus dem Wegfalle des Revocationsrechtes als des größeren Rechtes aber auf den Wegfall des Retractes als des geringeren Rechtes geschlossen werden kann. Die Auffassung der Erklärung des Retractsberechtigten, das ihm zum Kaufe angebotene Gut nicht kaufen zu wollen, als eines Verzichtes ist abgesehen von anderen dafür sprechenden Gründen auch die historisch begründete. Zu b). Ebenso ist die Auffassung der Einwilligung des Retractsberechtigten in die Veräußerung auf Nachsuchen des Eigenthümers als eines Verzichtes auf

168) Renaud S. 281—283.

169) Sydow, Erbrecht nach dem Sachsenspiegel §. 44, S. 223—225.

das Näherrecht historisch begründet; denn die Einwilligung der nächsten Erben in den Verkauf galt nach den mittelalterlichen Quellen als ein Verzicht auf ihr Revocationsrecht. Zudem haben wir im longobardischen Lehenrechte eine bestimmte gesetzliche Anerkennung dieser Auffassung [170]). Es wird freilich, wie auch die Stelle des Lehenrechtsbuches ergiebt, vorausgesetzt, daß die Einwilligung zur Veräußerung an eine bestimmte Person nachgesucht und ertheilt worden ist [171]). Dagegen läßt sich ein Verzicht des Retractsberechtigten nicht annehmen, wenn er bei dem Verkaufe blos gegenwärtig war [172]) oder nur eine unbestimmte Aeußerung that; auch nicht, wenn ihm der beabsichtigte Verkauf angezeigt worden ist und er sich innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht erklärt hat, außer wenn ihm das Gesetz oder ein richterliches Gebot eine Erklärung unter jenem Präjudiz auferlegte [173]).

F. Collision der Retractsrechte. Melden sich zur Ausübung des in einem gegebenen Falle möglichen Retractsrechtes mehrere Berechtigte, so ist nach folgenden Regeln zu entscheiden [174]). 1) Die sich Meldenden haben dieselbe Art von Retractsrecht. a) Bei der Erblosung geht unter den sich dazu meldenden Blutsverwandten der nächste gesetzliche Erbe des Veräußerers vor, dann der zweitnächste und so fort. Unter gleich Nahen entscheidet die Prorität der Anmeldung und wenn auch diese gleichsteht, das Loos (siehe oben sub D. 2.). b) Bei der Marklosung und Territoriallosung ist auf die Priorität der Anmeldung zu sehen. c) Bei der Zins- und Frohnlosung, dem Retracte aus dem Miteigenthum, der Theillosung und der Nachbarlosung muß nach deren Geiste und Zwecke erst die Größe des Grundstückes, wozu das andere retrahirt werden soll, dann die Priorität der Anmeldung und zuletzt das Loos den Ausschlag geben. 2) Es collidiren verschiedenartige Retractsrechte. Aus der Natur derselben ist ein Vorzug der einen oder anderen Art nicht erweislich. Ist daher nicht etwa im Particularrechte eine bestimmte Rangordnung festgesetzt, so kann nur die Priorität der Anmeldung oder das Loos entscheiden. 3) Der eine Berechtigte hat ein einfaches, der andere ein mehrfaches Retractsrecht. Da Letzterer doch nicht mit den mehreren Retractsarten zugleich, sondern nur mit der einen oder anderen auftreten kann, so ist die Entscheidung wie im vorigen Falle. Dieses muß aus dem gedachten Grunde selbst dann gelten, wenn unter den mehreren dem einen Retrahenten zustehenden Retractsarten die eine von derselben Art ist, wie das dem anderen Retrahenten zustehende Retractsrecht. Andere sind anderer Meinung. Mitter-

---

170) II. Feud. 26 §. 13.: quodsi consensit alienationi, vel per annum, ex quo scivit, tacuit, omnino removebitur.

171) Vgl. den Artikel Lehensveräußerung Bd. VI, S. 599, 600.

172) Anders ist es nach älterem Rechte. Sydow §. 42, S. 197.

173) Walter §. 392.

174) Walter §. 393. Beseler §. 124, N. 8—11. §. 125, Nr. VIII. Mittermaier §. 289 u. A.

maier[175]) nimmt einen Vorzug des mehrfachen Retractes vor dem einfachen dann an, wenn das eine von den zwei derselben Person zustehenden Retractsrechten von derselben Art ist, von welcher das einfache Recht des Concurrenten ist und daher nach Aufhebung der entgegenstehenden Retractsrechte der Retrahent noch aus einem anderen Grunde retrahiren kann. Maurenbrecher[176]) will bei der Collision verschiedener Retractsarten die Erblosung allen anderen Retractsarten und bei der Collision eines aus mehreren Gründen Retractsberechtigten mit einem nur aus Einem Grunde Retractsberechtigten den ersteren vorgezogen wissen. Allein diese Distinctionen sind mit Recht von der neuesten Doctrin aufgegeben worden[177]). Heimbach sen.

Vorladung, Ladung (citatio) ist ein richterliches proceßleitendes Decret, welches das Erscheinen einer Person vor Gericht anordnet. Die Vorladung fällt mithin unter den weiteren Begriff der proceßleitenden Decrete. Hieraus erklärt sich, daß die Eintheilung der Decrete in monitorische und arctatorische und letzterer wieder in peremtorische und dilatorische auch auf die Ladungen übertragen worden ist[1]). Im ältesten römischen Processe war eine Ladung des Beklagten durch den Magistrat auf Antrag des Klägers nicht üblich[2]), vielmehr begann der Proceß durch eine vom Kläger an den Beklagten persönlich gerichtete Aufforderung, ihm vor Gericht zu folgen (in ius vocatio). Den nöthigen Nachdruck erhielt sie durch die dem Kläger schon in den 12 Tafeln ertheilte Befugniß, Gewalt zu gebrauchen, wenn jener nicht freiwillig folgte. Es konnte nur Vergleich oder Stellung eines tüchtigen Vertreters (vindex) davon befreien[3]). Diese strenge in ius vocatio der 12 Tafeln wurde später durch die mildere Sitte und das prätorische Edict zwar nicht aufgehoben, aber doch großentheils beseitigt, indem der Prätor gegen denjenigen, welcher sich zu folgen weigerte, eine Pönalklage gab und dadurch die Privatgewalt entbehrlich machte[4]). Der Prätor entband aber auch den Beklagten von der Verpflichtung zu folgen, wenn er nur einen tüchtigen Bürgen dafür stellte, daß er zu gelegener Zeit vor Gericht erscheinen wollte[5]). Die Parteien vereinigten sich über einen Termin, in welchem sie sich vor dem Prätor treffen wollten und der Beklagte gab deshalb Bürgen (vadimonium). Als später

175) Mittermaier §. 289.
176) Maurenbrecher §. 318.
177) Eichhorn §. 106. Beseler §. 125, Nr. VIII. Phillips §. 78. Gerber § 177. Gengler S. 398.
1) Vgl. über die Bedeutung dieser Eintheilungen den Artikel Decret Bd. III, S. 261 flg.
2) S. Bethmann-Hollweg, Handb. des röm. Civilprocesses Bd. 1, §. 21, S. 246 flg.
3) Gai. Inst. IV. 46 L. 22. §. 1. D 2. 4.
4) Tit. Dig. Si quis in ius vocatus non ierit. (II. 5.) Gai. Inst. IV. 46.
5) Tit. Dig. In ius vocati ut eant, aut satis vel cautum dent. (II. 6. L. 5. §. 1. D. 2. 8.

mit der von M. Aurelius eingeführten litis denunciatio eine neue Form der Einleitung des Processes neben die alte durch Vadimonien trat, kam ebenfalls eine Vorladung des Beklagten durch den Magistrat auf Antrag des Klägers nicht vor, sondern der Proceß begann mit einer außergerichtlichen Ankündigung des Rechtsstreites an den Beklagten oder dessen Vertreter von Seiten des Klägers, an deren Stelle jedoch seit Constantin eine zu Protocoll (ad acta) irgend einer Behörde, welche das ius actorum conficiendorum hat, zu bewirkende Ankündigung trat. Erst im Justinianeischen Rechte, wo der Proceß durch Uebergabe einer Klagschrift (libellus conventionis) bei dem Richter vom Kläger eingeleitet wurde [6]), findet sich eine Vorladung des Beklagten durch den Richter, wenn dieser die Klage zuließ. Diese Ladung hieß commonitio, sententia commonitoria, admonitio, conventio, citatio, und wurde häufig blos mündlich einem Executor des Gerichtes aufgetragen, offenbar auch, namentlich bei Personen höheren Ranges, schriftlich ausgefertigt. Die Ladung durch den Richter ist auch in das kanonische Recht übergegangen. Auch im älteren teutschen Verfahren findet sich eine der römischen in ius vocatio ähnliche Aufforderung des Klägers an den Beklagten, mit ihm vor Gericht zu gehen, unter dem Namen mannitio [7]), bisweilen ad mallum vocatio. Unterarten derselben waren die admallatio und adrhamitio. Mallare und admallare heißt im eigentlichen Sinne Jemanden ad mallum, zur öffentlichen Wahlstadt vorladen; uneigentlich wird es von jeder Vorladung gebraucht, welche nicht gerade eine bannitio war. Die adrhamitio ist an sich keine Vorladung. Adrhamire bedeutet, wie fidem facere, im Grunde blos, irgend etwas versprechen oder zu thun angeloben. Geschah das fidem facere, wie es geschehen konnte, unter gewissen Förmlichkeiten, z. B. mittelst Uebergabe eines ramus, einer festuca, eines Zweiges, Reises, Halmes u. dgl., wie es bei der adrhamitio stets gewöhnlich war, so war zwischen beiden gar kein Unterschied. Wie bei jedem feierlichen Versprechen, war die adrhamitio gebräuchlich bei Eiden, deren Ableistung in einer bestimmten Gerichtssitzung man auf diese Weise angelobte, bei dem Versprechen, Jemanden in einer bestimmten Gerichtssitzung zu stellen oder selbst in derselben zu erscheinen, welchenfalls sie sich, mit Ausnahme der Form, von der mannitio in nichts unterschied, sowie endlich auch Zeugen auf diese Weise vor Gericht vorgeladen werden konnten. Das bisher von der mannitio, admallatio und adrhamitio Bemerkte gilt eigentlich nur von den Franken. Es galt wohl aber auch bei den übrigen germanischen Stämmen, mit Ausnahme der Westgothen, wo schon früh jede Ladung auf Betreiben der Parteien selbst verschwunden war; wenigstens wird in dem Volksrechte der Alemannen und Bayern die mallatio erwähnt [8]). Die mannitio

6) S. Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 22, S. 256 flg.

7) S. Maurer, Geschichte des altgerm. u. namentlich altbayer. öffentl. mündl. Gerichtsverfahrens §. 32—35, 37.

8) L. Aleman. Tit. 36 cap. 3. T. 94. L. Baioar. Tit. 1. cap. 11. §. 2.

sowie die admallatio fand auf Betreiben der Parteien ohne Zuthun des Richters statt. Die Parteien gingen in dem einen wie in dem anderen Falle mit einigen Zeugen in die Wohnung des Beklagten oder der Zeugen, forderten, wenn der zu Ladende der Beklagte war, denselben mündlich zur Bezahlung seiner Schuld oder überhaupt zur Befriedigung (des Klägers) auf, und erst im Falle der Verweigerung des Beklagten, dieses zu thun, wurde ihm mündlich ein bestimmter Sitzungstag festgesetzt, an welchem er vor Gericht erscheinen sollte. Die Anzahl der Zeugen war bei den verschiedenen Völkern und nach Verschiedenheit der Fälle verschieden. Einer jeden Ladung mußte eine Aufforderung des Schuldners oder sonst Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit vorausgehen; erst wenn derselbe der Aufforderung zu entsprechen sich weigerte, erfolgte die Ladung. Die Ladung bestand, da die Sitzung am Tage, bei dem Scheine der Sonne, gehalten wurde, der Geladene also noch bis zum Sonnenuntergange sich vor Gericht stellen konnte, blos in der Festsetzung eines bestimmten Tages (dies, sol) zum Erscheinen; daher hieß solem collocare vorladen. In der Regel ging man in die Wohnung des Beklagten oder wo sonst der zu Ladende sich gerade aufhielt, um ihn daselbst entweder persönlich zu laden oder in seiner Abwesenheit die Ladung seiner Ehefrau oder einem sonst anwesenden Mitgliede seiner Familie zu hinterlassen. Allenthalben und bei jedem Gerichte sowie in allen Rechtssachen geschah die Vorladung mündlich, ohne Aufsetzung einer schriftlichen Urkunde darüber, weshalb denn auch, zum Beweise der Ladung, im Falle des Ausbleibens des Geladenen, die bei der Ladung gegenwärtig gewesenen Zeugen vor Gericht die wirklich geschehene Vorladung zu beschwören hatten, was, wenn der Vorgeladene auf die erste Ladung nicht erschien, bei jedem neuen Termine von neuem geschehen mußte. Verschieden von der mannitio war die bannitio, Bann, Gebot, also Vorgebot[9]). Das Bannen stand ursprünglich wohl nur dem gesammten, gehörig versammelten Volke zu. Bald nach Galliens Eroberung findet sich die bannitio sowie der Bann auch in den Händen der Beamten. Jedoch stand das Bannrecht nicht, wie Manche angenommen haben, allen Beamten zu, sondern es stand dem Könige allein zu, welcher allerdings auch einzelne Beamte speciell mit der bannitio zu irgend einem Zwecke beauftragen konnte. Nur vom Könige selbst wird gesagt, er habe befohlen, vor ihm und seinem Hofgerichte zu erscheinen, was bei Bischöfen und weltlichen Grafen durch eine schriftliche Einladung an den zu Ladenden (sog. indiculus commonitorius) geschah, bei Personen niederen Standes aber durch einen Brief (indiculus) an den ordentlichen Richter des zu Ladenden, mit dem Ersuchen, denselben entweder gleich oder erst, wenn er sich nicht bei ihm, dem ordentlichen Richter, einlassen wollte, vor das königliche Hofgericht vorzuladen. Der Graf konnte den Beklagten nur mahnen (rogare oder mannire), da er

9) S. Maurer a. a. O. §. 26—31.

denselben nicht bei Strafe des Bannes auffordern durfte. Das von der bannitio Gesagte gilt eigentlich nur von den Franken, den Salischen wie den Ripuarischen. Aber auch bei den übrigen teutschen Stämmen bildete sich mit der königlichen Gewalt und der Verbreitung der fränkischen Herrschaft allmälig die bannitio weiter aus, wenn auch nicht dem Namen, doch gewiß der Sache nach. Schon in dem bayerischen Volksrechte finden sich Spuren davon, und bei den Westgothen, bei denen wegen ihrer frühen Bekanntschaft mit den Römern und dem römischen Rechte die königliche Gewalt viel mehr erstarkt war als bei den übrigen Germanen, ging sogar alle Ladung vom Richter aus, war demnach eine bannitio [10]), obschon der Name bannire nirgends bei ihnen vorkommt und es statt dessen iussio, iubere etc. hieß. Die Form der Vorbannung bestand bei den Westgothen darin, daß der Kläger (querulans) zum Richter ging, von diesem einen schriftlichen Ladungsbefehl (epistola oder sigillum) erwirkte, welchen der Richter bei Strafe weder verweigern, noch auch nur den Kläger damit hinhalten durfte, und welcher dann von einem Gerichtsboten (missus) im Beisein von Zeugen dem Beklagten zugestellt wurde. Ueber die Form der Vorbannung vor das Hofgericht des Königs ist bereits vorher das Nöthige bemerkt worden. Nachdem unter den späteren fränkischen Königen, namentlich unter den Carolingern, die königliche Gewalt fester begründet war, die Könige aber wegen der Größe des Reiches nicht Alles selbst besorgen konnten, wurde von ihnen der Bann auch ihren Beamten übertragen, von diesen aber das Recht vorzubannen, aus Habsucht gemißbraucht, da die Geldstrafen bei der bannitio dem Richter zufielen. Der Gebrauch der bannitio wurde bald so allgemein, daß sie nicht allein die Regel ausmachte, sondern sogar in vielen Sachen gar keine Mahnung mehr, einzig das Vorgebieten zulässig war. Namentlich war dies der Fall bei der Vorladung der Gerichtsbeisitzer, der Urtheilsfinder. Auch machte die bannitio bei der Vorladung der Parteien vor Gericht wenigstens die Regel aus, indem die mannitio blos bei Streitigkeiten über Eigenthum und Freiheit, die bannitio dagegen allenthalben zulässig war, insbesondre auch in Criminalsachen. Ebenso, wie die Parteien selbst, konnten auch die Zeugen, Eideshelfer und andere Personen vor Gericht vorgebannt werden. Es geschah dies bei allen Gerichten. Ueber die Form des Vorgebietens ist in dieser Zeit (der Carolinger) nichts weiter bestimmt, als daß sie entweder durch den Beamten selbst oder durch seinen Boten (missus) geschehen solle, der dann mündlich seinen Auftrag besorgte. Nur die Vorbannung vor das königliche Hofgericht geschah, wie früher, schriftlich durch einen indiculus oder sigillum [11]). Auch die Vorladung durch Mahnung, mannitio oder mallatio, blieb bei den Carolingern in Gebrauch [12]), wurde jedoch, wie überhaupt die Freiheit des Volkes,

10) L. Wisigoth. Lib. 2. Tit. 1. cap. 18. 19.
11) Maurer a. a. O. §. 73.
12) Maurer a. a. O. §. 74.

immer mehr beschränkt und nur noch bei Streitigkeiten über Freiheit und Eigenthum zugelassen, in allen übrigen Fällen aber ein Gebot des Richters (bannus, bannitio, districtio) erfordert. Die Art und Weise dieser Mahnung war die alte und geschah namentlich nach wie vor nicht durch den Richter, sondern durch die Parteien selbst. Auf gleiche Weise war noch die adrhamitio unter den Carolingern im Gebrauche. Wie in früherer Zeit bediente man sich ihrer auch jetzt noch, um die Ableistung eines Eides in einer bestimmten Sitzung anzugeloben, um zu versprechen, selbst vor Gericht zu erscheinen oder eine andere Partei vor Gericht zu stellen oder endlich um Zeugen auf diese Weise vorzuladen. Seit der Trennung Teutschlands von Frankreich bis zum Untergange des öffentlichen und mündlichen Gerichtsverfahrens in Teutschland war eine Ladung der Parteien, einige wenige Fälle abgerechnet, bei allen Gerichten wesentlich nothwendig[13]), nicht allein in Civilsachen, sondern auch in Criminalsachen. Der alte Unterschied zwischen bannitio und mannitio findet sich nur noch in den ersten Urkunden dieser Periode; später verschwand er völlig, wenigstens gewiß dem Namen, doch nicht ganz der Sache nach. Der früher zwischen bannitio oder mannitio bestehende hauptsächliche Unterschied, daß bei der ersteren die Ladung vom Richter ausging, von diesem das Erscheinen geboten, bei der letzteren aber die Ladung von den Parteien selbst ausgegangen und daher in einer milderen Form gefaßt war, bestand der Sache nach auch noch jetzt, nur mit der einzigen Abweichung, daß nun fast alle Ladung bannitio geworden war. Vom Richter ging nämlich dieselbe aus bei Fürstengerichten, wo dieselbe immer vom Kaiser auszugehen pflegte, wenn er selbst zu Gericht saß, oder von seinem Delegirten, wenn er statt seiner einen Reichsfürsten delegirt hatte. Ebenso war es bei allen Arten von Hofgerichten, wo die Ladung stets vom Kaiser oder jedesmaligen Fürsten ausging; auf gleiche Weise bei Lehengerichten, bei welchen immer der Lehensherr selbst die Parteien vorzuladen pflegte. Bei den übrigen Gerichten bildete die Vorladung auf Geheiß des Richters wenigstens die Regel und geschah durch den Gerichtsboten, welcher an den meisten Orten unter dem Namen des Frohnboten, an anderen Orten unter verschiedenen anderen Benennungen vorkommt[14]). Bei geistlichen Gerichten geschah die Ladung durch die geistlichen Unterbeamten, welche der Official damit schriftlich zu beauftragen pflegte. Ebenso wurden auch die Gerichtsbeisitzer nie auf Betreiben der Parteien, sondern nur des Richters zusammengerufen[15]). Die Art und Weise der Vorladung war sehr verschieden an den verschiedenen Orten und nach Verschiedenheit des Vorzuladenden. Das Gericht selbst sammt den Dingpflichtigen wurde in der Regel auf Befehl des jedesmaligen Richters mündlich, nach sächsischem Rechte durch den Schultheißen, an den meisten Orten aber durch den Frohn-

13) Maurer a. a. O. §. 144, 145.
14) S. Maurer a. a. O. §. 104, 105.
15) Maurer a. a. O. §. 90, 105.

boten zusammenberufen und dies sowohl bei gebotenen als bei ungebotenen Dingen. Nur bei Fürstengerichten und Hofgerichten pflegte es durch eine schriftliche Einladung zu geschehen. Oft, besonders bei kleineren Gerichtsbezirken, wo eine Glocke allenthalben gehört werden konnte, wurde durch eine Glocke das Zeichen zur Versammlung und zum Beginn des Gerichtes gegeben. Bei der Ladung der Parteien waren folgende Fälle zu unterscheiden: 1) Traf der Kläger seinen Gegner zufällig vor Gericht, so mußte sich dieser, auch ohne dahin geladen zu sein, in der Regel auf der Stelle einlassen. Nur allein bei Immobilien, Lehensgerichten und Ansprachen zum Kampf wurde ihm ein Termin zur Antwort und zur Antretung oder Erlernung des Kampfes gestattet, worauf derselbe dann ebenfalls ohne alle weitere Vorladung in dem angesetzten Termine erscheinen mußte, wie dies namentlich von Lehensgerichten ausdrücklich vorgeschrieben ist. 2) Traf man aber seinen Gegner nicht vor Gericht an, so konnte man auf zwiefachem Wege zum Ziele gelangen; entweder man wendete sich a) an das gesammte Gericht und bat dieses um Bestimmung eines Sitzungstages und um die Erlaubniß, den Gegner vorladen lassen zu dürfen oder man wendete sich b) an das gesammte Gericht, trug diesem den Gegenstand seiner Ansprache, den Inhalt seiner Klage, Anklage u. s. w. vor und bat dasselbe um Bestimmung eines Sitzungstages zur Verhandlung der Sache und um Vorladung des Gegners dazu. Diese Form der Vorladung wurde, zusammengenommen mit der unter 1. dargestellten, auch später nach Einführung des schriftlichen Verfahrens und nachdem ständige Richter an die Stelle der altgermanischen Urtheiler zu treten anfingen, noch beibehalten. Die Partei oder ihr Anwalt erschien nämlich vor Gericht und dictirte die Klage zum Protocoll oder übergab sie schriftlich. War die Klage so beschaffen, daß sie von Amtswegen abgewiesen werden konnte, so that dies das Gericht; im entgegengesetzten Falle wurde der Beklagte, wenn er anwesend war, aufgefordert, auf die Klage zu antworten und erhielt auf sein Verlangen einen Termin zur Vorbereitung seiner Antwort. War er aber nicht anwesend, so erhielt er Abschrift von der Klage und ebenfalls einen Termin, in welchem er erscheinen und seine Antwort vorbringen sollte. So ging es fort bis zur Schlußverhandlung. Auf diese Weise entstand allmälig die Proceßleitung des Richters, indem ihm, wie früher dem gesammten Gerichte, die Proceßschriften übergeben wurden, um sein communicetur darauf zu setzen, welches das frühere Urtheil des gesammten Gerichtes vertreten sollte. Oder der Kläger wendete sich c) an den vorsitzenden Richter außer der Sitzung und bat ihn, seinen Gegner auf die gehörige Weise vorladen zu lassen. Oder endlich 3) pflegte an manchen Orten die Ladung stets öffentlich vor dem ganzen versammelten Kirchspiele bekannt gemacht zu werden[16]). Die Ladung selbst

---

16) Dies geschah z. B. bei den Karspel-Gerichten im Eiderstädtischen, Ditmarsischen und in ganz Cimbrien. Dreyer, verm. Abhandl. III, 1499.

besorgte, gleichviel, ob sie vom gesammten Gerichte oder vom vorsitzenden Richter allein geboten war, entweder der Richter selbst, wie in manchen Gegenden des nördlichen Teutschlands[17]), oder ließ sie durch den Frohnboten oder einen anderen Boten besorgen, was der gewöhnlichste Fall war. Die Ladung geschah nur bei Hof-, Fürsten- und Lehengerichten des Kaisers schriftlich, bei allen übrigen nur mündlich und zwar so, daß der Frohnbote den zu Ladenden aufsuchte und ihn persönlich mit der Ladung bekannt machte (Mund wider Mund, unter Augen, in seinen Mund oder en sa maison ou domicile, ou à leurs bouches oder à leurs personnes mesmes u. s. w.), was er allenthalben, wo er denselben antraf, z. B. auf der Straße oder an dessen Fenster u. s. f. thun konnte. Der Frohnbote konnte auch dem zu Ladenden, wenn er ihn nicht finden konnte, die Ladung in dessen Gute oder in dessen Wohnung hinterlassen (zu Haus und zu Hof oder „in sinen hoff dar syn uthfart unnd infart is")[18]) oder sie daselbst an die Thüre anschlagen, anhängen oder einstecken. An manchen Orten war es Sitte, daß der Frohnbote, wenn er den Vorzuladenden nicht traf, ein Zeichen an die Thüre machte und daß er, wenn der Kläger schriftliche Beweise in Händen hatte, dem Vorzuladenden Abschrift davon zurückließ. Der Frohnbote brauchte keine Zeugen bei der Ladung zuzuziehen, wahrscheinlich weil sein Zeugniß so viel galt, als das von zwei anderen Freien[19]). Davon, daß eine Partei selbst mit einigen Zeugen ging, um ihren Gegner vor Gericht zu laden, findet sich in dieser Periode kein Beispiel mehr. Mit der alten Volksfreiheit war auch diese Form der mannitio untergegangen. Blos bei dem Adel, in welchem sich die alte, ehemals allen gemeinsame, Freiheit concentrirte, erhielt sich noch eine Spur dieses alten Rechtes. Wenn nämlich ein Adeliger einen anderen desselben Ranges vor Gericht laden wollte, so konnte dieses nicht durch den Frohnboten, sondern nur durch zwei andere Adelige desselben Ranges wie der Vorzuladende geschehen. War der Vorzuladende, wenn schon adelig, niederen Standes, so konnte dann die Ladung wieder durch einen Gerichtsboten geschehen. Aber auch wenn der König oder Kaiser selbst einen Fürsten oder anderen Adeligen vor sein Hof- oder Fürstengericht laden ließ und dieses im einzelnen Falle nicht selbst durch eine schriftliche Einladung that, so pflegte er dies durch einen oder zwei Standesgenossen des Vorzuladenden, wenigstens zwei Ritter zu thun. Dem Kaiser selbst, wenn er vor Gericht geladen wurde, erwies man die Ehre, sogar vier Boten zu senden, z. B. dem Kaiser Wenzel im J. 1400, als er nach Rense am Rhein vor ein Fürstengericht geladen und dort seines Thrones entsetzt wurde, nach Königshoven. Im heutigen Verfahren geht die Ladung stets vom Richter aus. — Die Ladungen zerfallen in 1) allgemeine (cit. ge-

17) So im Hessischen bei Burgmannen (Kopp, hess. Gerichtsverf. §. 330, S. 422), bei Lehengerichten nach dem schwäb. Lehnr. Cap. 147, §. 2.
18) Richtst. Lehnr. Cap. 7 a. E.
19) Vgl. sächs. Landr. B. 1, Art. 8, §. 2.

nerales), wenn eine Partei nur Einmal zum ganzen Processe, und besondere (cit. speciales), wenn sie zu einer einzelnen Proceßhandlung vorgeladen wird[20]); jetzt giebt es nur Ladungen der letzteren Art; 2) in schriftliche, mündliche und Realcitationen. Letztere bestehen darin, daß der Geladene durch den Gerichtsdiener abgeholt wird; sie kommt im Processe selten vor, namentlich im Arrestprocesse, bei der zuweilen gegen die Person gerichteten Execution (besonders im Wechselprocesse), auch bei Zeugen, wenn Geldstrafen oder der Regreß gegen dieselben nicht helfen können; 3) in mittelbare und unmittelbare (cit. mediata und immediata). Die unmittelbare Ladung tritt ein, wenn die vorzuladende Person im Gerichtsbezirke und unter dem Gerichtszwange des vorladenden Gerichtes sich befindet, die mittelbare, wenn dies nicht der Fall ist. Die mittelbare Ladung geschieht dann entweder so, daß dem an das Gericht, in dessen Bezirke sich die vorzuladende Person befindet, erlassenen Requisitionsschreiben die Ladung mit dem Ersuchen, dieselbe jener Person zu behändigen und das Erscheinen aufzuerlegen, beigefügt wird oder so, daß das requirirte Gericht im Requisitionsschreiben um selbstständige Vornahme der Ladung ersucht wird. Jedenfalls ist der Antrag zu stellen, ein Zeugniß über die geschehene Vorladung zu den Acten zu übersenden. Im Laufe des Verfahrens werden solche mittelbare Ladungen dadurch vermieden, daß auswärtige Parteien inländische Procuratoren zu den Acten bestellen müssen. 4) Privatladungen, wenn sie dem Vorzuladenden oder einem Stellvertreter desselben behändigt werden; sonst aber, wenn sie allgemein bekannt gemacht werden, Edictalladungen (cit. edictalis)[21]). Zur Edictalladung darf der Richter nicht in der Regel und nicht willkürlich schreiten; denn abgesehen davon, daß Edictalladungen in vielen Fällen nachtheiligen Einfluß auf den öffentlichen Credit haben können, ist es auch in der Regel unangenehm, besonders mit Namen öffentlich aufgefordert zu werden[22]). Der Richter darf daher, wenn er sich nicht einer Injurienklage oder einem Verweise des Oberrichters aussetzen will, nur unter Voraussetzung einer rechtlichen Nothwendigkeit, welche im allgemeinen durch verhinderte Insinuation einer Privatladung hervor-

20) Erstere waren früher bei dem Reichskammergerichte üblich. Seyfart, teutscher Reichsproceß Cap. II, §. 6.

21) L. 73. pr. D. 5. 1. L. 8. C. VII. 43. Nov. 112. cap. 3. Cap. 10. X. II. 14. Clem. 1. de iudic. (II. 1.) Haase, über Edictalladungen und Edictalproceß außerhalb des Concurses mit Hinsicht auf particuläres, vorzüglich sächsisches und preußisches Recht. Leipzig 1817.

22) Aber auch eine allgemeine Edictalladung, welche nicht an genannte Personen gerichtet ist, läßt sich nur als Ausnahme betrachten, da derjenige, welcher in einem individuellen Rechtsverhältnisse zu einer bestimmten Person steht, in der Regel mit Recht fordern kann, daß er auch in seiner Individualität zur Vertheidigung seines Rechtsanspruches aufgefordert werde. Gönner, Entw. eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtssachen (Erlangen 1815) Bd. 2, Abth. 1, §. 18, S. 260 flg.

gebracht zu werden pflegt, eine Edictalladung verfügen. Dieser allgemeine Grund begreift aber verschiedene Arten von Fällen, welche man gewöhnlich in folgende drei Hauptklassen bringt: a) wenn selbst der Name des Vorzuladenden unbekannt ist, welcher Umstand besonders bei den allgemeinen Edictalaufforderungen zu der Anbringung und Ausführung eines Rechtes zu Grunde liegt. Solche allgemeine Edictalladungen sind gemeinrechtlich im Concurse unbestritten zulässig; außerhalb des Concurses hat sich ebenfalls ein allgemeiner Gerichtsgebrauch für die Zulässigkeit einer solchen Aufforderung an alle diejenigen, welche Erbansprüche an dem Vermögen eines Verschollenen zu haben vermeinen, entschieden. Man ist aber noch weiter gegangen und hat solche allgemeine Aufforderungen noch in vielen anderen Fällen zur Ermittelung und Ausschließung unbekannter Ansprüche für zulässig erachtet, obwohl billig daran gezweifelt werden kann, ob der Richter in Ermangelung ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung befugt sei, das Präjudiz der Präclusion hier anzudrohen. Sehr häufig bestimmen Particulargesetze die Fälle näher, in welchen der Richter solche allgemeine Edictalaufforderungen erlassen darf. Das Eigenthümliche dieser allgemeinen Edictalladungen besteht in dem Präjudiz der Präclusion für die in dem bestimmten Termine nicht angemeldeten Ansprüche, während bei Edictalladungen, welche im Laufe eines Rechtsstreites vorkommen, das anzudrohende Präjudiz kein anderes ist, als was in einer zu erlassenden Privatladung angedroht wird. b) Wenn zwar der Name des Vorzuladenden bekannt, aber dessen Aufenthaltsort unbekannt und nicht auszumitteln ist. Diese Rücksicht kann zwar ebenfalls bei Edictalaufforderungen zur Anbringung gewisser Rechtsansprüche, aber auch sehr häufig bei Edictalvorladungen Beklagter eintreten, z. B. gegen Vagabunden, welche weder an dem Orte, wo sie belangt worden sind, angetroffen werden, noch auch an irgend einem anderen Orte einen gewissen und beständigen Aufenthalt haben, sondern so unstät sind, daß die Einhändigung einer Privatladung durchaus unmöglich ist, oder auf gleiche Weise gegen diejenigen, welche überhaupt absichtlich oder aus einer nicht wohl zu entschuldigenden Nachlässigkeit ihren Aufenthaltsort verborgen halten und daher eine andere als öffentliche Ladung verhindern. c) Wenn zwar sowohl der Name als auch der Aufenthalt des Vorzuladenden bekannt ist, dennoch aber die Einhändigung einer Privatladung verhindert wird. Zu dieser Klasse werden wieder mehrere einzelne Arten von Fällen gezählt, die jedoch nicht so ohne Weiteres anzunehmen sind, und zwar folgende: aa) wenn der Vorzuladende selbst absichtlich und aus Chicane jede Insinuation einer Privatladung unmöglich macht, z. B. durch nachdrückliche gefährliche Drohungen, deren Ausführung sich auch erwarten läßt. Unter dieser Voraussetzung läßt sich nach der Annahme Mancher [23]) gegen die Edictalladung kein gegründeter Einwand erheben;

23) Siehe die Citate bei Haase a. a. O. S. 14, N. 48, welcher auch selbst

nur soll darauf Gewicht gelegt werden, daß jede Insinuation, mithin selbst die Anheftung einer Privatladung an die Haus- oder Stubenthüre des Vorzuladenden unmöglich gemacht werde. Man kann dieser Ansicht nicht beipflichten. Bei so offenbarem Widerstande gegen die Staatsgewalt, hier die richterliche, wie er z. B. im Falle gefährlicher Drohungen vorliegt, liegt es viel näher und ist schon durch die Forderung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Auctorität geboten, daß der Richter dieser Auflehnung gegen die Staatsgewalt, nöthigenfalls mit Gewalt, entgegentritt und die Behändigung der Privatladung, auch mit Anwendung von Gewalt, bewirken läßt. Auf die Giltigkeit der Insinuation ist dies jedenfalls ohne Einfluß, da die Obrigkeit, wenn sie hier Gewalt anwendet, hierbei in ihrem Rechte gewesen ist; bb) wenn der Vorzuladende nicht selbst, aber doch seine Dienstboten oder ein Dritter die Möglichkeit der Insinuation einer ordentlichen Ladung gänzlich aufheben. Ehe aber in diesem Falle sofort zur Edictalladung geschritten werden kann, wird verlangt, daß außer Zweifel gesetzt sei, daß jene Hindernisse mit Wissen oder Willen des Vorzuladenden der Privatladung entgegengesetzt werden; außerdem soll die Gelegenheit, letztere zu bewirken, womöglich abgewartet werden [24]). Aus den vorher angegebenen Gründen müssen wir uns auch in diesem Falle dafür erklären, daß es vielmehr Pflicht des Richters ist, offenbaren Widerstand gegen die öffentliche Auctorität zu brechen; cc) wenn der Richter, welchem der Vorzuladende persönlich unterworfen ist, ungeachtet gehöriger Requisition und ohne rechtmäßigen Grund sich weigert, dem Vorzuladenden die Ladung zu behändigen und einem mit dem requirirenden Richter gemeinschaftlichen Oberrichter, bei welchem deshalb Beschwerde geführt und Hilfe erlangt werden könnte, nicht unterworfen ist; dd) wenn Unsicherheit des Ortes, wo sich der Vorzuladende befindet, oder überhaupt besondere Umstände, z. B. Pest, Krieg oder Belagerung des Ortes mit sich bringen sollten, daß die Insinuation einer Privatladung nicht ohne Gefahr vorgenommen werden könnte. Dieser allgemein aufgestellte Satz, welchen man auf Stellen des kanonischen Rechtes stützt [25]), kann aber nicht gebilligt

---

dieser Meinung ist. Dieselbe hat eine Stütze in Clem. I. de iudiciis II. 1. Wir glauben aber dennoch bei der im Texte aufgestellten Ansicht beharren zu müssen, wenigstens wenn der Vorzuladende durch Drohungen die Behändigung der Privatladung hindert, wofür die Gründe im Texte angegeben sind. Die Anwendung von Zwangsmaßregeln, wie solche der weltlichen Gewalt zu Gebote stehen, stand ja ohnehin nicht der Kirche zu. Es ist mithin unrichtig, aus jener Stelle eine Regel über die Zulässigkeit der Edictalladung in dem fraglichen Falle ableiten zu wollen.

24) Auch diese Meinung stützt sich auf Clem. 1. de iudiciis II. 1.

25) Clem. 1. de iudiciis II. 1. Clem. un. de foro compet. II. 2. Vergleicht man aber diese Stellen unter einander und mit cap. 13. de officio et potest. iud. deleg. in VI. (I. 14.) und mit Clem. 3. de elect. I. 3., so ergiebt sich, daß dieselben mehr auf eine Gefahr und Furcht vor der eigenen Macht und Bosheit des Vorzuladenden, als auf Besorgnisse der gedachten Art, an welchen letzterer ohne alle Schuld ist, hindeuten. Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, S. 360 flg.

werden. Er hat schon das Bedenken gegen sich, daß aus demselben Grunde, welcher die Möglichkeit einer Privatladung hindert, die Edictalladung schwerlich zur Kenntniß des Vorzuladenden gelangen, mithin ohne rechtliche Wirkung bleiben wird; es ist also hier vielmehr, statt zur Edictalladung zu schreiten, die Möglichkeit, eine Privatladung zu erlassen, zu erwarten; ee) wenn endlich die Insinuation von Privatladungen zwar nicht verhindert, aber wegen der Menge der Vorzuladenden oder wegen der Entfernung ihrer Wohnorte zu unbequem oder zu kostspielig sein würde [26]). Allein die bloße Beschwerlichkeit in Behändigung einer Privatladung ist an sich zur Erlassung der Edictalien nicht für hinreichend zu halten, da die Edictalladung nur als eine subsidiäre gilt, welche anders nicht stattfindet, als wenn die ordentliche Ladung unmöglich ist. — Hinsichtlich der äußeren Form der Ladungen gilt im allgemeinen das von den Decreten, insbesondre den proceßleitenden, in einem früheren Artikel Bemerkte [27]). Soll die Ladung giltig und von Wirkung sein, so muß sie 1) von dem zuständigen Richter ausgehen, welchem in der Sache, weswegen der Geladene erscheinen soll, die Gerichtsbarkeit zusteht, sei er entweder der ordentliche oder ein commissarischer Richter [28]). Der Ladung eines ganz incompetenten Richters, welchem über den Vorgeladenen entweder gar keine oder wenigstens die Art der Gerichtsbarkeit offenbar nicht zusteht, in welche das zu verhandelnde Geschäft einschlägt, braucht der Vorgeladene keine Folge zu leisten [29]). Ist die Competenz des Richters nur zweifelhaft, so muß der Vorgeladene zwar erscheinen, er kann aber die ihm zustehende Einrede vorschützen und hat darüber Entscheidung zu erwarten [30]). Damit nun der Geladene die Zuständigkeit des vorladenden Richters beurtheilen könne, ist es nöthig, daß die Ladung den Namen des ladenden Richters enthalte. 2) In der Ladung muß die zu verrichtende Handlung dem Vorzuladenden bestimmt angezeigt werden, derenthalben er vor Gericht erscheinen soll. 3) Die schriftliche Ladung insbesondre muß gehörig abgefaßt sein. Es gelten darüber die bei den Decreten früher schon in dem diese betreffenden Artikel vorgetragenen Grundsätze. 4) Sie muß

26) Schriftsteller, welche in diesem Falle eine Edictalladung für zulässig halten, führen an Glück a. a. O. S. 361, N. 84. Haase a. a. O. S. 17, N. 57. Beide erklären sich aber gegen diese Ansicht.

27) Vgl. den Artikel Decret Bd. III, S. 262.

28) L. 53. §. 3. D. 42. 1. Cap. 29. X. I. 29.

29) L. 20. D. 2. 1.

30) L. 2. pr. D. 2. 5. L. 5. D. 5. 1. Ueber die Ansicht Anderer, welche behaupten, daß der Vorgeladene in jedem Falle erscheinen oder wenigstens schriftlich die Einrede des incompetenten Richters vorbringen und ausführen müsse, wenn es auch gleich notorisch sei, daß er nicht unter dem Gerichtszwange des ladenden Richters stehe, vgl. Glück a. a. O. S. 367, N. 6. Gegen diese Ansicht spricht L. 20. D. 2. 1. Denn wenn sich der Vorgeladene wenigstens insofern auch vor einem offenbar incompetenten Richter stellen müßte, um die ihm deshalb zustehende Einrede vorzuschützen, so könnte in der letztgedachten Stelle nicht gesagt werden: magistratui impune non paretur.

demjenigen, welchem dadurch etwas auferlegt wird, gehörig eingehändigt, insinuirt werden [31]). Diese Insinuation muß a) auf Befehl des competenten Richters vollzogen werden. Der Vorzuladende kann erstens der Gerichtsbarkeit des Richters, vor welchem er erscheinen soll, in der gegenwärtigen Sache gar nicht unterworfen sein, z. B. ein in einer gewissen Streitsache als Zeuge benannter fremder Gerichtsunterthan. Hier hat das Proceßgericht des Vorzuladenden ordentliche Gerichtsbehörde um die Behändigung der Ladung oder um selbstständige Ladung des Vorzuladenden zu ersuchen. Der Vorzuladende kann aber auch zweitens in der fraglichen Sache zwar der Gerichtsbarkeit des ladenden Richters unterworfen sein, steht aber nicht unter dessen Gerichtszwange, z. B. wenn Jemand vor den Richter der gelegenen Sache belangt wird, der nicht in dessen Gerichtsbezirke, sondern an einem anderen Orte wohnt oder einen befreiten Gerichtsstand hat. Hier erkennt und fertigt der Richter, vor welchem der Vorzuladende erscheinen soll, vermöge der ihm zustehenden Gerichtsbarkeit, die Ladung selbst aus; sie ist aber dem Richter, dessen Gerichtszwange der Vorzuladende unterworfen ist, unversiegelt mit dem Ersuchen zu übersenden, selbige dem Vorzuladenden zustellen zu lassen und darüber Bescheinigung einzusenden. b) Die Ladung ist ferner demjenigen, an welchen sie gerichtet ist und zwar, wenn sie mehrere einzelne Streitgenossen angeht, einem jeden besonders zu behändigen. Ist die Behändigung nur dem Einen oder dem Anderen geschehen, so ist die Ladung hinsichtlich der übrigen unwirksam, sollten sie auch gleich in demselben Hause wohnen. Haben sie jedoch einen gemeinschaftlichen Anwalt, so kann diesem die Ladung allein behändigt werden. Ist eine Ladung an mehrere Erben zu erlassen, welche die Erbschaft noch ungetheilt besitzen, so kann zwar die Ladung im Sterbehause bekannt gemacht werden; es können jedoch diejenigen nicht als ungehorsam gelten, welche erweislich keine Nachricht davon erhalten haben [32]). Ergeht die Ladung an Gemeinden oder Corporationen, so ist dieselbe den Vorstehern oder Repräsentanten derselben zu behändigen. c) Die Ladung muß dem Vorzuladenden der Regel nach in faciem oder ad manus, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, d. h. ihm selbst in Person und zwar in seiner Wohnung zugestellt werden. Nur wenn er dort nicht anzutreffen ist, kann die Behändigung auch seinen Angehörigen, nämlich seiner Ehefrau, erwachsenen Kindern oder den in seinem Brod und Lohn stehenden Dienstboten geschehen. Ist von diesen Personen keine vorhanden, welcher die Ladung zugestellt werden könnte oder will keine

31) Da der Artikel Insinuation, auf welchen in dem Artikel Decret Bd. III, S. 263, N. 12 verwiesen wird, sich nicht vorfindet, so ist das Nöthige darüber hier nachzuholen.

32) Nach mehreren sächsischen Proceßordnungen hat der im Sterbehause wohnende Miterbe die Verpflichtung, die Ladung den übrigen zuzusenden und daß er dies gethan, zu den Acten nachzuweisen. Kgl. sächs. erl. PO. Tit. 4, §. 2. Altenb. und Goth. PO. P. I. Cap. 1, §. 7.

derselben solche annehmen, so kann die Ladung entweder in der Wohnung des Vorzuladenden niedergelegt oder, wenn auch diese verschlossen sein sollte, ad domum, d. h. an die Haus- oder Stubenthüre oder Fensterladen, in Gegenwart einiger Nachbarn, angeschlagen werden [33]). Eine solche Behändigung ad domum ist aber ungiltig, wenn die Ladung dem Vorzuladenden selbst in Person ohne alle Schwierigkeit hätte behändigt werden können. In allen Fällen, wo die Ladung dem Vorgeladenen nicht in faciem behändigt worden ist, ist dieselbe unwirksam, wenn der Geladene beweist oder eidlich bestärkt, daß dieselbe nicht zu seiner Kenntniß gekommen sei. d) Endlich muß die Behändigung der Ladung am gehörigen Orte und zu gehöriger Zeit geschehen. Ist Jemand also außer seinem Hause in öffentlichen Amtsgeschäften begriffen oder sonst mit einer feierlichen Handlung beschäftigt, so kann er sich die ihm bei solcher Gelegenheit zugestellte Ladung verbitten. Uebrigens wird der Wohnung des Vorzuladenden hinsichtlich der Zulässigkeit der Insinuation gleichgeachtet der Ort, wo der Vorzuladende gewöhnlich seine Geschäfte betreibt, sollte dieser auch außerhalb der Wohnung sein, z. B. bei Handwerkern die Werkstatt, bei Kaufleuten das Comptoir oder Gewölbe u. s. w. Auch an Vergnügungsorten braucht der Vorzuladende die Ladung nicht anzunehmen. Was die Zeit der Insinuation betrifft, so darf dieselbe nur an Werktagen, nicht an Sonntagen und kirchlichen Festtagen geschehen, wovon nur in außerordentlichen Nothfällen eine Ausnahme verstattet wird [34]). Zwar soll nach der Behauptung Mancher [35]) der Gerichtsgebrauch das Gegentheil eingeführt haben, weil die Behändigung einer Ladung nicht zu den gerichtlichen Handlungen gehöre und öffentliche Ladungen sogar in der Kirche selbst, von der Kanzel, bekannt gemacht werden können. Es ist diesem aber nicht beizupflichten. Denn die Zustellung einer Privatladung geschieht auf Befehl des Richters, ist also immer eine gerichtliche Handlung; ferner sind an Sonn- und Festtagen alle weltliche Geschäfte, welche die Andacht stören und Aufschub leiden, verboten [36]); endlich kann von öffentlichen und Edictalladungen kein Schluß auf Privatladungen gemacht werden, da die Bekanntmachung der ersteren von der Kanzel etwas Eigenthümliches ist, was die ganz besondere Beschaffenheit solcher öffentlichen Ladungen in gewissen Fällen nothwendig macht. — Da von der richtigen Behändigung der Ladung deren ganze Wirkung abhängt, so muß dieselbe durch eine glaubwürdige sichere Person verrichtet werden. Der gewöhnliche Weg war schon im Mittelalter nach

33) Reichskammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. 18, §. 16, 17, 18. Es findet sich mithin ganz dasselbe wieder, was über die Behändigung der Ladung in der historischen Darstellung aus den mittelalterlichen Rechtsquellen bemerkt worden ist.

34) L. 2. 11. C. III. 12. Cap. 1. 5. X. II. 9.

35) Siehe die Citate bei Glück a. a. O. S. 381, N. 61.

36) Cap. 1. X. II. 19.

der oben gegebenen historischen Darstellung die Behändigung durch den Frohnboten. Dieser Weg ist auch noch jetzt der gewöhnliche und in Particulargesetzen überall vorgeschriebene; die Ladungen werden nämlich durch einen darauf vereideten Gerichtsdiener behändigt. Die Besorgung kann auch einem Notar aufgetragen werden. Auch kann derjenige, welcher die Ladung ausgewirkt hat, die Besorgung der Zustellung selbst übernehmen. Ueberall aber muß für den Beweis der geschehenen Behändigung der Ladung Sorge getragen werden. Ist daher die Ladung durch den Gerichtsdiener behändigt worden, so muß derselbe entweder ein schriftliches Zeugniß darüber eigenhändig ausstellen, welches sodann, weil der Gerichtsdiener zu seinem Amte und namentlich zur gehörigen Behändigung der Ladungen eidlich verpflichtet ist, in Ansehung der geschehenen Behändigung so lange völligen Glauben verdient, bis das Gegentheil erwiesen worden ist, oder er kann es auch mündlich zu Protocoll geben, wie die Behändigung geschehen sei (Insinuationsregistratur). Ist die Behändigung durch einen Notar bewirkt worden, so ist ein förmliches Notariatsinstrument darüber aufzunehmen. Hat eine Privatperson die Behändigung bewirkt, so wird dieselbe durch eine von dem Geladenen ausgestellte Empfangsbescheinigung bewiesen. Manche wollen in Ermangelung einer solchen auch die eidliche Bestärkung desjenigen, welcher die Ladung zugestellt hat, für ausreichend zum Beweise der geschehenen Behändigung erachten [37]). Es ist dies aber bedenklich, da wenigstens der Extrahent der Ladung hier Zeuge in eigener Sache sein würde, insofern auf eine solche Ladung im Falle des Ungehorsams des Geladenen die Nachtheile des Ungehorsams eintreten sollten. Die Kosten der Ausfertigung und Behändigung der Ladung muß vor der Hand derjenige tragen, welcher die Ladung ausgewirkt hat und demnächst deren Erstattung von dem sachfälligen Gegner erwarten. Der Extrahent, auf dessen Veranlassung die Ladung geschehen ist, erhält übrigens davon Nachricht, indem ihm eine Abschrift der schriftlichen Ladung nebst der Nachricht von der geschehenen Behändigung derselben zugefertigt wird, welche Benachrichtigung in einigen Gerichten Gedenkzettel heißt. Wenn von Manchen [38]) behauptet wird, daß die Unterlassung einer solchen Benachrichtigung keine Nichtigkeit nach sich ziehe, wenn der Extrahent auf anderem Wege von dem angesetzten Termine Kenntniß erhalten habe, so ist dies auf solche Fälle zu beschränken, wo für den Extrahenten das Erscheinen im Termine völlig facultativ ist und sein Nichterscheinen in demselben keinen Nachtheil in der Sache für ihn mit sich bringt. Was die Wirkungen der Ladung und die daher entstehende Eintheilung in arctatorische und monitorische, dilatorische und peremtorische Ladung anlangt, so ist deshalb auf einen früheren Artikel zu

37) Berger, Oecon. Iur. Lib. IV. Tit. 14. §. 2. not. 14. Wernher, lectiss. comm. in Pandect. Lib. II. Tit. 4. §. 16. p. 104. Ihnen pflichtet Glück a. a. O. S. 385 bei.

38) Z. B. von Glück a. a. O. S. 385 flg.

verweisen[39]). Besondere Wirkungen werden der ersten auf die Klage ergangenen Ladung und deren Behändigung beigelegt. Es ist aber desfalls auf andere Artikel zu verweisen.

Heimbach sen.

Vormundschaftsrecht. Einleitung. In dieser Lehre muß das römische Recht, das teutsche Recht, endlich das heutige Recht von einander geschieden werden. Das römische Recht hat für das Institut, welches wir mit Vormundschaft bezeichnen, zwei Institute, die tutela und cura. Das ältere teutsche Recht hat nur Ein Institut, dessen Charakter vorläufig so weit bezeichnet werden kann, daß dabei eine Person unter dem Schutze einer anderen steht und von dieser in Beziehung zu Dritten vertreten wird. Das heutige Recht hat für die beiden Institute, welche das römische Recht als tutela und cura bezeichnet, auch nur Einen Begriff und Eine Benennung, Vormundschaft, wendet aber zum großen Theile die Grundsätze des römischen Rechtes noch an. Wir betrachten zuerst die Quellen und dann die Literatur der Lehre.

I. Quellen der Lehre[1]).

Es sind hier die Quellen des römischen Rechtes, die des teutschen Rechtes und die des heutigen Rechtes zu unterscheiden. Das kanonische Recht hat in dieser Lehre eine untergeordnete Bedeutung, indem die kirchlichen Rechtsquellen, abgesehen von einigen beiläufigen Erwähnungen, nur Bestimmungen über einen einzigen untergeordneten Punkt des Vormundschaftsrechtes, nämlich über die Fähigkeit der Geistlichen zur Tutel und Cura, enthalten[2]). Was A. die römischen Rechtsquellen anlangt, so ist zwischen Vorjustinianeischen und Justinianeischen zu unterscheiden. Erstere sind, wenn sie auch vieles nur historisches Material enthalten, doch zur Auslegung des Justinianeischen Rechtes unentbehrlich. Die nachjustinianeischen Quellen kommen nur insofern in Betracht, als sie Hilfsmittel für die Kritik und Interpretation der Justinianeischen Rechtsbücher sind. Besonders wichtig sind auch hier wieder die Basiliken und die alten Auszüge aus den Bearbeitungen der Justinianeischen Rechtsbücher durch gleichzeitige oder kurz nach Justinian lebende Juristen enthaltenden Scholien. Von den Basiliken ist leider das eine der beiden das Vor-

---

39) S. den Artikel Decret Bd. III, S. 261 flg.

1) Vgl. besonders Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. 1, S. I—XXII.

2) Die einschlagenden Stellen der kirchlichen Rechtsquellen sind verzeichnet bei Rudorff Bd. 1, S. X. Es gehören dahin: A. von Gratian: 1) Coll. constit. ecclesiasticarum (in Voelli et Iustelli, bibl. iur. can. T. II. p. 1263.). 2) Phot. Nomocanon (ibid. T. II. p. 943 sq.). 3) Regino Prumiensis de disciplina eccl. Lib. I. c. 281. 4) Burchardus Wormatiensis, Decretorum Lib. II. c. 145. 5) Ivo Carnotensis, Decret. P. VI. c. 218. B. Das Decret Gratian's, insbesondre Dist. 86. can. 26. Dist. 88. can. 1. 6. 7. 14. Causa XII. Qu. 1. can. 40. Causa XVI. Qu. 1. can. 40. Causa XXI. Qu. 3. can. 1. 4. C. Die Decretalen Gregor's IX., insbesondre Lib. II. Tit. 19. c. 8. Tit. 28. c. 67.

mundschaftsrecht betreffenden Bücher (Lib. XXXVII. und XXXVIII. handeln davon), nämlich das 37., bis auf wenige erhaltene Stellen, verloren gegangen. Dagegen hat sich das 38. Buch mit den Auszügen aus der Digestenbearbeitung des Dorotheus, welche eine meistens wörtliche Uebersetzung der Digestenstellen enthält, erhalten. Die einzelnen Quellen werden in der Note aufgezählt[3]. B. Germanische Rechtsquellen. Es gehören hierher die alten Volksrechte, die Capitularien für das älteste teutsche Recht, für das Recht des Mittelalters die Rechtsbücher des Mittelalters nicht allein, sondern auch ältere Statuten; letzterer gedenkt Rudorff nicht unter den Quellen. Eine specielle Aufzählung dieser verschiedenen Quellen wird hier unterlassen, da selbst Kraut in seinem berühmten Werke: „die Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes" eine solche nicht gegeben, sondern sich damit begnügt hat, an den geeigneten Orten auf die Stellen der einzelnen Quellen zu verweisen. C. Quellen des heutigen Rechtes. Außer dem römisch-justinianeischen Rechte, welches eine Hauptquelle des heutigen Rechtes mit bildet, sind als solche zu erwähnen: 1) Reichsgesetze, vor allen die Reichspolizeiordnung von 1548

---

3) AA. Vorjustinianeische Rechtsquellen: 1) Gai. Instit. Comm. I. §. 142—200. 2) Ulpian. Fragm. Tit. XI. XII. 3) Dosith. magistri D. Hadriani sententiae et epistolae §. 10. 12. ed. Boecking. p. 12. 15. Eiusd. Disputatio forensis §. 15. (17.) ed. Boecking. p. 57. 5) Theod. Cod. Lib. III. Tit. 17. De tutoribus et curatoribus creandis. Tit. 18. Qui petant. Tit. 30. De administratione et periculo tutorum et curatorum. Tit. 31. De excusatione tutorum. Tit. 32. De praediis minorum sine decreto non alienandis. (Ich citire nach der Ausgabe von Hänel, Bonn 1837, die Tit. 30. 31. 32. sind in den älteren Ausgaben Tit. 19. 20. 21.; vgl. Hänel zum Theod. Cod. Lib. III. Tit. 30. not. * p. 345 sq.) 5) Novellae Theodosii II. Tit. XI. De tutoribus (ed. Haenel. p. 44—47.). 6) Fragm. Vaticana, Tit. 4. De excusatione §. 123—237. 7) Lex Romana Visigothorum: a) Gai. Instit. Lib. I. Tit. 7. 8. b) Paul. Sentent. Lib. II. Tit. 27. De excusationibus tutorum. Tit. 28. De potioribus nominandis. Tit. 29. Qui potiores nominare non possint. Tit. 30. Ad orationem Divi Severi. c) Codicis Gregoriani Lib. VI. Tit. 18. Arbitrium tutelae. 8) Lex Romana Burgundiorum Tit. 36. ed. Barkow p. 101—108. BB. Justinianeische Quellen: 1) Inst. Lib. I. Tit. 13—26. 2) Dig. Lib. XXVI. XXVII. 3) Cod. Lib. V. Tit. 28—75. 4) Novellae Nov. LXXII. Nov. LXXXIX. cap. 14. Nov. XCIV. Nov. CXVIII. cap. 4. 5. Nov. CLV. CC. Nachjustinianeische Quellen. Hierher gehören: 1) Urkunden. a) Gesta de constituto tutore speciali habita in curia Reatina anno 557. Das Original befindet sich in der Vaticanischen Bibliothek. Von den Ausgaben sei nur die bei Spangenberg, Tabulae negotiorum solennium p. 132—139. erwähnt; andere Ausgaben sind bei Rudorff Bd. 1, S. IX bemerkt. b) Gesta de allegato instrumento plenariae securitatis habita in curia Ravennati anno 564. Die Papyrus selbst wird in der Pariser Bibliothek aufbewahrt. Unter den Ausgaben erwähnen wir auch nur die bei Spangenberg l. c. p. 139—152. Andere Ausgaben führt auf Rudorff Bd. 1, S. IX. 2) Bearbeitungen der Justinianeischen Rechtsbücher. a) Theophil. Paraphr. graeca Institutionum Lib. I. Tit. 13—26. ed. Reitz. p. 136.—206. b. Basilicorum Lib. XXXVII. (ed. Heimb. T. III. p. 645—678.) Lib. XXXVIII. (ibid. T. III. p. 678—786.). Wir verweisen auf das im Texte darüber Bemerkte.

Tit. 31, §. 1—3 und von 1577 Tit. 32, §. 1—3 [4]). 2) Particularrechte. Hierher gehören nicht blos Landesgesetze, sondern auch Statuten [5]). Die Particularrechte sind insofern wichtig, als sie Zeugniß für die von dem römischen Rechte abweichenden Ansichten des heutigen Rechtes geben, so daß sie insofern nicht blos von particularrechtlicher Bedeutung sind. Außer den bisher beschriebenen Quellen des geschriebenen Rechtes ist aber in dieser Lehre noch das Juristenrecht von der größten Bedeutung; namentlich sind die Schriften der Praktiker wichtig und Kraut hat davon für das heutige Recht sehr umfänglichen Gebrauch gemacht.

II. Literatur.

Ein ausführliches Verzeichniß der Schriften über das Vormundschaftsrecht liefert Rudorff [6]). Die Schriften sind exegetische und systematische. A. Exegetische Schriften. Hierher gehören: 1) die Glossatoren; außer der Accursischen Glosse Azo, Lectura und Summa zum Cod. Lib. V. Tit. 28—75. und Odofredus, super Codice Lib. V. Tit. 28—75. 2) Die Interpreten des 14. und 15. Jahrhundertes. 3) Cujacius, besonders seine Notae ad Instit. (ed. Neap. T. I. p. 38—58.), seine Paratitla Codicis (T. II. p. 342—376.) und seine Recitat. ad Cod. (T. IX. p. 577—615.) 4) Duarenus, welcher in seinen Vorlesungen über die Digesten das 26. und 27. Buch (T. I. p. 559—591. ed. Lucae 1765.) zwar kürzer als die vorhergehenden Lehren, aber doch gründlich behandelt. B. Systematische Schriften. AA. Allgemeinere Werke: 1) Donellus, dessen drittes Buch der Commentarii de iure civili eine lichtvolle Darstellung des Vormundschaftsrechtes enthält. 2) Ant. Faber, dessen Iurisprudentiae Papinianeae Scientia ad ordinem Institutionum imperialium afformata. Lugd. 1658. vom Tit. 13—26. oder p. 375—644. sich mit dieser Lehre beschäftigt, für welche sie einen Schatz der scharfsinnigsten Bemerkungen enthält. 3) Ger. Noodt, dessen Commentar zu Dig. Lib. XXVI. XXVII. hierher gehört. 4) Pothier, Pandect. Iustinian. T. II. p. 91—170. 5) Glück, dessen Erläuterung der Pandecten Bd. 28, S. 435 flg. bis Bd. 33, S. 310 für den vorliegenden Gegenstand sehr reiche und brauchbare Materialien liefert. BB. Monographien. Reichhaltige Verzeichnisse

4) Andere hierher gehörige Stellen der Reichsgesetze führt an Rudorff Bd. 1, S. XII.

5) Ein Verzeichniß der Particularrechte giebt Rudorff Bd. 1, S. XII—XXII. Dagegen hat Kraut kein solches Verzeichniß gegeben, sondern an den geeigneten Orten auf die einschlagenden Stellen der Particularrechte verwiesen. Das Verzeichniß bei Rudorff ist nicht ganz vollständig. Aus dem dem Verfasser dieses Artikels zunächst liegenden Kreise der thüringischen Staaten sind hinzuzufügen: Weim. Circularverordnung v. 28. Sept. 1776 und 2. August 1777. Eisenach. Vormundschaftsordnung v. 11. August 1686. Instruction für Vormünder im Großherzogthum S. Weimar-Eisenach v. 26. März 1835. Goth. Neue Beif. zur Landesordnung Th. I, S. 16—55. Sondersh. Rescript v. 7. April 1800 und 1. Nov. 1837. Rudolst. Gesetz v. 5. Nov. 1819. Anhalt-Bernburg. Vormundschaftsordnung v. 4. Februar 1755.

6) Rudorff Bd. 1, S. XXII—XXVI.

derselben geben Lipenius und seine Fortsetzer[7]). Unter diesen haben aber die zahlreichen Dissertationen und die Unterrichte für Vormünder größtentheils gar keinen und auch die größeren Arbeiten wegen der ausschließend praktischen Tendenz nur einen verhältnißmäßig geringen wissenschaftlichen Werth[8]). Die bedeutendsten Werke über den vorliegenden Gegenstand sind von Rudorff[9]) und Kraut[10]). Der

7) Vgl. Lipenius, bibl. real. iurid. p. 427—429. (ed. noviss. Lips. 1757.) und seine Fortsetzer Schott p. 139. 482., Senkenberg p. 401. und Madihn p. 450. 1340—1343. s. v. Cura, Curator, besonders aber s. v. Tutela und Tutor.

8) Nur folgende sind allenfalls hervorzuheben: 1) Collectio de tutoribus et contutoribus, zuerst gedruckt hinter der ersten Ausgabe der Collatio (Fragmenta quaedam Papiniani ... Lutet. 1773. p. 63.), nachher öfter. In den Handschriften des Julian wird dieses Fragment nicht selten dem Julian selbst zugeschrieben. Nach Rudorff Bd. 1, S. XXIV reicht es nahe an dessen Zeit hinauf; der Inhalt ist unbedeutend. 2) Oldendorp, Lib. II. de tutelis. Colon. 1558. 3) Benavidius, De tutelis. Heidelb. 1587. 4) Vincent. Mancinus, De tutela et cura minoribus exhibenda. Venet. 1587. Colon. 1589. 5) Ant. Plaggius, De tutore et curatore. Venet. 1584. Colon. 1589. 1602. 6) Borgnin. Cavalcanus, De tutore et curatore. Florent. 1572. Francof. 1586. Flor. 1604. 7) Damhouder, Patrocinium pupillarum. Tract. Vol. VIII. 2. Amstelod. 1671. Teutsch (von Joh. Burckhardt) Frankf. 1580. 1595. 8) Paul. Montanus, Tr. de iure tutelarum et curationum. Lugd. Bat. 1595. Francof. 1607. 1608. Hagae 1657. 1658. Er zeichnet sich besonders durch eine sorgfältige Benutzung der Literatur aus und ist deshalb für die Dogmengeschichte noch jetzt sehr brauchbar; nur die Form ist geschmacklos. 9) Leond. Galganati, Tract. de tutela et cura. Venet. 1617. 10) Io. Paul. Gualterius, Praxis tutelaris absolutissima. Neap. 1621. 11) Io. Gutierrez, Tract. nov. de tutelis et curis. Frcf. 1606. Lugd. 1650. Casp. Manzius, Tractatus de tutelis et curis. Ingolstad. 1652. 13) Thom. Schroeer, Institut. tutorum et curatorum germanicae. Frcf. 1661. 1666. Breslau. 1672. Dieses Werk ist nur wegen der Rücksicht auf schlesische Particularrechte beachtenswerth. 14) Huber, De tutela et cura. Lugd. Bat. 1688. 15) Wiesner, Vormundschaftsrecht. Halle 1785. 1. Bd. (nicht mehr erschienen) ist weitschweifig und planlos und nur als Materialiensammlung für Particularrechte brauchbar. Desselben, ausführliches Elementarwerk über das Vormundschaftsrecht 1. Bd. Breslau u. Leipzig 1786. 16) v. Lynker, Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung. 3 Theile. Jena 1790. 1791. Das Buch handelt größtentheils von dem Vormundschaftsrechte der sächsischen Fürstenhäuser; die allgemeine Einleitung ist unbedeutend. 17) Stein, über Vormundschaften und Curatelen nach gemeinem teutschen Rechte und nach den besonderen Rechten einiger teutschen Staaten. Stuttgart 1824. Vorzugsweise Particularrechte betreffen: 1) Happel, Unterricht für Vormünder. Marburg 1793. (nimmt Rücksicht auf hessisches Recht). 2) Junghans, Versuch eines Unterrichtes in Vormundschaftssachen nach der allgem. (kursächs.) Vormundschaftsordn. entworfen. Leipzig 1787. 3) v. Leonhardi, Versuch einer Vormundschaftslehre mit Hinsicht auf die Statuten der Reichsstadt Frankfurt. Gießen 1799. 4) Martini, Vormundschaftslehre, besonders nach dem mecklenburg. sowohl Staats- als Privatrechte. 5) Hoffmann, das Vormundschaftsrecht nach den Grundsätzen des allgem. Landrechtes für die preuß. Staaten. Züllichau 1811. 6) Forchhammer, die Lehre von der Vormundschaft nach holstein. Rechten. Tondern 1834.

9) Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Teutschland geltenden Rechten entwickelt. Bd. 1—3. Berlin 1832—1834.

10) Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes dargestellt. 1. Bd. Göttingen 1835. 2. Bd. Ebd. 1847.

erstere behandelt vorzugsweise das römische Recht, sowohl das Vorjustinianeische als das Justinianeische; er berücksichtigt zwar auch das teutsche und das heutige Recht, jedoch stehen die darüber handelnden Theile des Werkes in gar keinem Verhältnisse zu den das römische Recht enthaltenden Theilen. Dagegen hat Kraut vorzugsweise das teutsche Recht von der ältesten Zeit an abgehandelt und wo er des römischen Rechtes Erwähnung thut, geschieht dies nur mit Rücksicht auf die heutige Anwendbarkeit desselben. Ebenso ist Kraut in Bezug auf das heutige Recht viel vollständiger als Rudorff. Es bedarf wohl kaum einer Bevorwortung, daß von diesen Werken, als den bedeutendsten über den vorliegenden Gegenstand, für diesen Artikel hauptsächlich Gebrauch gemacht werden wird. Die nachfolgende Darstellung der Lehre wird das römische Recht, das teutsche Recht, das heutige Recht trennen. Das Geschichtliche kann dabei nicht ausgeschlossen werden, soweniq als es in früheren Artikeln ausgeschlossen worden ist, und wenn dasselbe einen nicht unbedeutenden Theil des Artikels einnimmt, so findet dies in dem behandelten Stoffe selbst seine Rechtfertigung. Bei der historischen Darstellung ist eben so sehr auf das ältere teutsche Recht als auf das römische Rücksicht zu nehmen und ersteres ist zur Erklärung vieler Eigenthümlichkeiten des heutigen Rechtes unentbehrlich. Selbstverständlich werden aber diejenigen Theile des Vormundschaftsrechtes in diesem Artikel nicht mit behandelt, welche schon in früheren Artikeln erörtert worden sind. Es gehören hierher die Lehre von der cura[11]) und von der elterlichen Vormundschaft[12]). Doch werden Nachträge, namentlich zu dem Artikel Cura vorbehalten.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt. Begriff der Vormundschaft. Terminologie. Charakter des Institutes.

I. **Begriff und Terminologie.** Alle Personen, welche aus irgend einem Grunde, sei es wegen der Art ihrer Persönlichkeit oder wegen ihres Geschlechtes, Alters, ihrer Körper- oder Geistesbeschaffenheit oder wegen anderer rechtlicher oder natürlicher Ursachen, nicht ihre eigenen Vormünder (suae tutelae, auctoritatis, aetatis, mentis, sui arbitrii)[13]) sind, bedürfen eben deshalb eines fremden Beistandes und einer fremden Vertretung. Einen solchen gewährt ihnen, sofern eine Abhilfe durch selbstgewählte Vertreter nicht zulässig ist, die Vormundschaft unter der Oberaufsicht der Obervormundschaft und des Familienrathes. Mit dem

11) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 133—220.

12) Vgl. den Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 40—96.

13) Ueber diese Ausdrücke vgl. Brisson. s. v. Tutela §. 4. Dirksen, Beiträge S. 284. Wegen der teutschen Ausdrücke, welche für solche, die keines Vormundes bedürfen, vorkommen, vgl. Kraut Bd. 1, S. 23. Der Ausdruck: sein eigener Vormund sein, kommt vor im Ditmarſ. Landr. v. 1447 §. 192 (bei Westphalen, Monum. ined. rer. germ. T. III. p. 1749.).

Ausdrucke Vormundschaft verbindet man den Begriff eines Beistandes, einer Vertretung und Güterverwaltung handlungsunfähiger Personen durch nicht selbstgewählte[14]), sondern vom Erblasser, vom Gesetz oder von der Obrigkeit angeordnete Gehilfen. Die Beistände und Vertreter selbst nennen wir Vormünder. In demselben allgemeinen Sinne braucht das römische Recht, obwohl es gewöhnlich sogleich die beiden Hauptarten der Vormundschaft, tutela und cura, trennt, die Ausdrücke: defensio legitima, defensores legitimi[15]), die Byzantiner den Ausdruck: *κηδεμών, κηδεμονία*[16]). — Was das teutsche Recht betrifft, so ist der Begriff des Rechtsverhältnisses, welches wir mit dem Ausdrucke: Vormundschaft bezeichnen, in keiner der einheimischen Rechtsquellen angegeben. Der Charakter desselben läßt sich soweit bezeichnen, daß dabei eine Person unter dem Schutze einer anderen steht und von dieser in Beziehung zu Dritten vertreten wird. Die ursprüngliche Benennung dafür ist Munt (althochteutsch) oder Mund (altnordisch), im Latein des Mittelalters mundium[17]). Dieser Ausdruck liegt auch den folgenden Benennungen zu Grunde, welche später zur Bezeichnung desselben gebraucht werden, nämlich: Gemund (das), Muntschaft, Mundeschaft, Foramuntscaf oder Formuntscaf (althocht.), Vormuntscap, Vormundschaft, Mundpurt (althocht.), Mundburd (altsächsisch), Mundbyrd (angelsächsisch) (im mittelalterlichen Latein mundeburdis, mundeburdum, mundiburdum, mundiburdium, mundoburgium, mumburdum, munburdum, mundobordia), Muntberschefte, Momperschaft, Mundelinge. Derjenige, welcher den Schutz ertheilt, führt im Teutschen die Benennungen: der Mund, Foramundo, Foremund, Vormunt oder Vormund, Vormunde, Vormünde, Vormunder, Muntporo (althocht.), Mundboro (altsächs.), Mundbora (angelsächs.), Mundburdo, Muntpurto, Muntbar, Mumbar, Mumpar, Mumper, Montpar, Mombar, Mompar, Momber, Momper, Mumbart (im mittelalterlichen Latein mundiburdus, mundibordis, mundibordius, mundibardus, mundibardius, mumbordus, munburdus, mundiburgus) Mündeling (im Latein auch noch mundualdus oder mundoaldus). Diejenige Person, welche den Schutz genießt, heißt im Teutschen Mündel, Mundall, Mondel, und wenn sie eine Frauensperson ist, im mittelalterlichen Latein mundoalda. Ziemlich allgemein wird diese Bedeutung als eine nur abgeleitete betrachtet. Bestritten ist aber die Ableitung derselben, indem Einige sie von Mund (os, oris), welches Wort auch schon in der altteutschen Sprache im heutigen Sinne vorkommt, ableiten, Andere hin-

---

14) Ausnahmen kamen im älteren teutschen Rechte vor.

15) Stellen, worin diese Ausdrücke gebraucht werden, führt an Rudorff Bd. 1, N. 3.

16) Theophil. Paraphr. Lib. I. Tit. 21. pr. Cf. Reitz, Glossar. Theophil. T. II. p. 1276. s. h. v.

17) Ueber diese und andere Benennungen siehe Kraut Bd. 1, S. 1 flg., welcher auch die Nachweisungen dafür giebt.

gegen als Grundbedeutung des Ausdruckes Munt die von Hand betrachten, da die Hand im Altteutschen ebenfalls durch das Wort Munt (althocht.) oder Mund (angelsächs. und altnord.) bezeichnet wird[18]). Für die erste Ableitung spricht zunächst der Ausdruck: Vormund, da die Verbindung vor oder für mit Mund in der Bedeutung von Hand gezwungen erscheint, dahingegen mit Mund in der Bedeutung von os verbunden, dadurch ganz das Wesen des Vormundes, daß er nämlich gewissermaßen der Mund für seinen Mündel oder vor demselben ist, d. h. für diesen oder auch vor ihm stehend spricht, ausgedrückt wird. Für diese Ableitung spricht ferner, daß wenigstens der vom Könige ausgehende Schutz nicht selten durch die Ausdrücke: in sermone, in verbo regis esse oder positum esse bezeichnet wird. Auch spricht gegen die Ableitung von Munt in der Bedeutung von manus, daß der teutsche Ausdruck nirgends durch manus wiedergegeben wird, sondern entweder nur eine lateinische Endigung erhält oder die lateinischen Ausdrücke: tutela, tuitio, densensio, procuratio u. s. w. dafür gebraucht werden, obgleich auch die Römer bei der uxor in manu den Ausdruck manus in einem bildlichen Sinne, welcher dem des teutschen mundiums wenigstens nicht ferner liegt, als viele andere lateinische Ausdrücke, deren man sich ohne Bedenken zur Bezeichnung teutschrechtlicher Verhältnisse bediente, brauchten. Allein gegen diese Ableitung ist, daß der Ausdruck: Munt in der hier vorliegenden Bedeutung weiblichen Geschlechtes ist und er dagegen in der Bedeutung von os nie als Femininum, sondern in allen teutschen Mundarten nur als Masculinum vorkommt. Ferner spricht dagegen, daß er in der letzteren Bedeutung im Althochteutschen am Ende mit einem d, in der ersteren hingegen mit einem t geschrieben wird. Entscheidend zur Widerlegung jener Ableitung aber ist, daß im Angelsächsischen die Bezeichnung für den Mund mud, im Altnordischen munnr ist, während die Vormundschaft in beiden, wie die Hand, mund heißt. Es bleibt daher nur übrig, den Ausdruck Munt in der Bedeutung von Vormundschaft entweder als einen selbstständigen anzusehen oder diese Bedeutung desselben blos als eine bildliche und daher die von Hand als die ursprüngliche zu betrachten. Letzteres scheint wegen der völligen Gleichheit das Natürlichste zu sein. In gleicher Bedeutung mit dem Ausdrucke: Munt kommt häufig das Wort Vogtei (mittelhochteutsch Vogetie) vor, welches aus dem Lateinischen advocatia, womit ebenfalls die Munt bezeichnet wird, entstanden ist. Der die Munt Führende heißt daher auch Vogt (Fogeb) oder advocatus. Für einzelne Zweige der Munt, nämlich für diejenigen, welche wir jetzt vorzugsweise mit dem Ausdrucke: Vormundschaft gewöhnlich bezeichnen, finden sich auch die Benennungen: Gerhabschaft, Trag (die) und Tra-

---

18) Das erstere nimmt an Heineccius, Elem. iur. germ. Lib. I. Tit. 6. §. 132. not., das letztere Grimm, Rechtsalterthümer S. 447. Vgl. über die Streitfrage Kraut Bd. 1, S. 4—7.

geni, Treusträgerschaft, Hut (die), und für den Vormund die Ausdrücke: Gerhab oder Gerhaber, Träger, Treusträger 19), Treuhalter und Salman (Plur. Sallüte). Auch heißt der Vormund Pfleger, Besorger 20), Behalter, Sicherbote, Vorstand (Vorstendig, Vorstender), Anweiser, Ruker, im Friesischen Warandstaf, im Latein des Mittelalters tutor, defensor, procurator, patronus. Für denjenigen, welcher einen Vormund hat, kommt im Teutschen bisweilen auch der Ausdruck: Pflegkind und in den alten Volksrechten häufig die lateinische Benennung: pupillus vor. Eine unter Vormundschaft stehende Frauensperson wird in der Lex Longobardorum einige Male frea genannt 21). Bei den Salfranken heißt der Vormund einer Witwe reparius und sie im Verhältniß zu ihm reparia.

II. Charakter der Vormundschaft. Was den allgemeinen Charakter der Vormundschaft betrifft, so bezeichnen die Juristen aus der Zeit der höchsten wissenschaftlichen Ausbildung des römischen Privatrechtes dieselbe als ein munus publicum oder civile personale 22). Nach den in der Note bemerkten Stellen sind sämmtliche Arten der Vormundschaft munera, gravamina, onera, sollicitudines, molestiae, d. h. öffentliche Aemter, welche jeder Bürger, welchem sie rechtsgiltig deferirt werden, in der Regel zu übernehmen verbunden ist 23). Ein Vermögensaufwand ist mit der Verwaltung eines solchen Amtes nicht verknüpft, indem der Vormund seine etwaigen Auslagen mit der actio tutelae oder negotiorum gestorum contraria von den Pflegebefohlenen wieder fordern kann; vielmehr nimmt es blos die Zeit, die Sorgfalt und den Fleiß des Vormundes in Anspruch, ist also kein munus patrimonii, sondern personae 24). Auf der anderen Seite hat aber auch der Vormund für seine Bemühungen weder äußere Ehre, noch pecuniäre Vortheile zu erwarten; denn sein Amt ist kein honor und seine Dienste sind operae

---

19) Vorzugsweise werden mit diesem Ausdrucke die römischen curatores im Gegensatze der tutores bezeichnet, z. B. in der Reform. des bayer. Landrechtes Tit. 51, §. 4.

20) Auch dieser Ausdruck wird vorzugsweise zur Bezeichnung des römischen curator im Gegensatze des tutor gebraucht, z. B. Lüb. Recht v. 1240 §. 205 (bei Westphalen l. c. T. III. p. 664.). Saarbrück. Stat. v. 1321 (bei Kramer, Gesch. des alten Ardennischen Geschlechtes Anh. S. 427).

21) L. Longob. II. 2. 4. u. II. 11. 4. vgl. mit II. 11. 1—3. Papias, Glossar. Frea i. e. mundoalda. Isidor. Gloss. Frea vel mundiana de parente suo relicta. Vgl. du Cange, Gloss. med. et infim. Latin. s. v. Frea.

22) L. 1. §. 4. L. 18. §. 1. D. 50. 4. (erstere von Hermogenian, letztere von Arcadius Charisius). Pr. Inst. I. 25. L. 6. §. 15. D. 27. 1. von Modestin. Die Echtheit dieser letzten lateinischen Stellen ist zwar von Manchen, z. B. Augustinus, Otto und früher auch Cujacius angefochten; auch Haloander giebt sie blos als alte Uebersetzung, nicht als lateinischen Text. Allein die Basil. Lib. XXXVIII. T. I. cap. 6. th. 10. kennen sie und in derselben L. 6. finden sich noch mehrere lateinische Stellen aus Ulpian, von welchem auch diese wahrscheinlich herrührt.

23) L. 214. D. 50. 16. L. 9. D. 50. 4.

24) L. 1. §. 3. D. 50. 4.

liberales[25]), für welche in der Regel nicht einmal extra ordinem ein Honorar gefordert werden kann. Nur ausnahmsweise können der Vater, die Mitvormünder oder die Obrigkeit dem Vormunde eine billige Entschädigung und ein mäßiges Honorar für seine gehabte Mühe zubilligen[26]), eine Sitte, welche das heutige gemeine Recht, vielleicht gestützt auf die sog. tutela fructuaria des teutschen Rechtes noch viel allgemeiner angenommen hat, und auch die particulären Vormundschaftsordnungen setzen gewöhnlich dem Vormunde ein Honorar aus. Nur darüber könnte noch ein Zweifel stattfinden, ob die Vormundschaft ein publicum oder ein privatum munus ist. Die Institutionen und Pomponius erklären sie nämlich für eine publica causa[27]), obgleich der Ausdruck der ersteren darauf hinzudeuten scheint, daß diese Ansicht erst allmälig allgemein angenommen worden sei[28]); hingegen Callistratus[29]) und Modestin[30]) rechnen sie zu den munera privata. Dieser scheinbare Widerspruch verschwindet aber, wenn man bedenkt, daß die Begriffe publicum und privatum munus relativ sind und im römischen Rechte eine doppelte Bedeutung haben. Im eigentlichen Sinne ist nämlich ein munus publicum freilich nur das, was in der Verwaltung von Angelegenheiten des Staates (in administranda re publica) besteht; in dessen Gegensatze jedes Amt, welches in der Verwaltung von Privatgeschäften besteht, privatum genannt werden muß[31]). Im allgemeineren Sinne heißt aber jedes Amt ohne Ehrentitel, zu welchem der Magistrat durch sein imperium jeden nicht besonders ausgenommenen Bürger zwingen kann, publicum oder civile munus, und in diesem Sinne können selbst die munera privata so genannt werden[32]). Wendet man diesen Sprachgebrauch auf die Vormundschaft an, so ist sie zwar im engeren und objectiven Sinne ein privatum munus, da nur Privatangelegenheiten den Gegenstand der vormundschaftlichen Verwaltung bilden; im weiteren und subjectiven Sinne ist sie hingegen ein publicum oder civile munus, d. h. ein solches, welches jeder aus dem Volke, jeder Bürger bekleiden kann und bekleiden muß[33]). Zugleich erklärt sich hieraus die Behauptung der Institutionen, daß diese Ansicht erst allmälig entstanden sei; denn so lange die Vormundschaft bei den Römern nur noch in der Regel der Familie des Pflegebefohlenen zustand und nicht durch das imperium des Magistrates auferlegt wurde, ließ sie sich begreiflich nicht als ein öffentliches Amt betrachten. Der angegebene rechtliche Charakter

25) L. 38. D. 3. 5. L. 58. D. 26. 7.
26) L. 33. §. 3. D. 26. 7. L. 1. §. 6. D. 27. 3.
27) L. 9. D. 1. 6.
28) Pr. Inst. I. 25.: nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse.
29) L. 17. §. 4. D. 27. 1.
30) L. 6. §. 15. D. eod.
31) L. 14. §. 1. D. 50. 4. L. 239. §. 3. D. 50. 16.
32) L. 18. §. 28. D. 50. 4.
33) L. 9. D. eod.

der Vormundschaft zeigt sich insbesondre in zwei wichtigen Beziehungen. Erstens darin, daß das ganze Verhältniß, wie jedes Amt, persönlicher Natur ist und weder vererbt [34]), noch an Andere übertragen [35]), noch auch gesetzwidrig niedergelegt werden kann [36]); zweitens in der Fähigkeit dazu. Jeder nämlich, welcher öffentliche Rechte überhaupt ausüben kann, ist auch zur Bekleidung des vormundschaftlichen Amtes fähig. Daher sind zwar Frauen und Pupillen davon ausgeschlossen [37]), filiifamilias aber zugelassen, weil diese in politischen Dingen vollständig rechtsfähig sind [38]), weshalb denn auch durch capitis deminutio minima die Vormundschaft nicht zerstört wird [39]). Positive Gesetze haben freilich auch bei Männern, welche zu dem munus fähig sind, noch mehrfache Einschränkungen herbeigeführt. Dieser Ansicht von der Natur der Vormundschaft steht nicht entgegen, daß dieselbe nicht selten als ein Recht, ius, potestas [40]), munus [41]) gedacht und bezeichnet wird. Denn als ein munus oder Pflichtamt erscheint sie hauptsächlich darin, daß ihre Uebernahme erzwungen werden kann; insofern kann nur von einer Verpflichtung des Vormundes die Rede sein [42]). Nach der Uebernahme des Amtes aber sind sowohl Amtsrechte als Amtspflichten mit demselben verbunden. Jene heißen, nach Analogie der Amtsrechte des Magistrates [43]), ius oder potestas tutoris vel curatoris, diese hingegen das officium des Vormundes [44]), welcher Ausdruck jedoch auch wohl bisweilen das ganze Amtsverhältniß nach beiden Seiten hin [45]), bisweilen aber das persönliche Verhältniß zum Pfleglinge bezeichnet [46]). Neben dem **Rechte** der Vormundschaft kann auch hier eine noch davon getrennte **Ausübung** desselben vorkommen [47]), welche nicht selten unter dem Namen administratio dem ius selbst entgegengesetzt wird [48]). Eine Ausnahme von den bisher entwickelten Grundsätzen über den allgemeinen rechtlichen Charakter der Vormundschaft bildet im vorjustinianeischen Rechte die gesetzliche Vormundschaft der nächsten Erben des Pfleglinges,

---

34) L. 16. §. 1. D. 26. 1.

35) Gai. Inst. Comm. I. §. 168.

36) Ulpian. Fragm. Tit. XI. §. 17.

37) L. 18. D. 26. 1. L. 1. §. 1. L. 3. §. 4. L. 10. D. 26. 4. L. 11. pr. D. 26. 5. L. 1. C. V. 35. L. 2. D. 50. 17.

38) L. 7. D. 26. 1. L. 13. §. 5. L. 14. D. 36. 1.

39) L. 5. §. 2. L. 6. D. 4. 5. §. 4 Inst. I. 22.

40) Auct. ad Herenn. I. 13. Cic. de invent. II. 50. L. 1. pr. D. 26. 1. §. 1. Inst. I. 13. Gell. Noct. Att. V. 19. Cic. pro Mur. c. 12.

41) Liv. XXXIV. 2. Plaut. Trucul. IV. 4. 6.

42) L. 214. D. 50. 16.

43) L. 215. D. 50. 16.

44) L. 37. §. 9. L. 9. §. 1. D. 26. 7.

45) L. 18. D. 50. 16. pr. Inst. I. 18. L. 5. C. V. 30. L. 39. §. 15. D. 26. 7. L. 9. C. V. 71.

46) Sabinus bei Gell. V. 13.

47) L. 4. 36. D. 26. 1.

48) L. 51. i. f. D. eod.

welche dort nicht als ein munus, sondern als ein Familienrecht, als ein ius agnationis, patronatus u. s. w. betrachtet wird und da diese Vormünder zugleich legitimi heredes sind, als ein Mittel zur Erhaltung des künftigen Erbrechtes gilt[49]). Diese Ansicht findet sich vorzüglich bei der Geschlechtstutel, aber doch auch bei der cura über Wahnsinnige und Verschwender ausgebildet; daher kann die gesetzliche Vormundschaft, wie jedes Familienrecht, mit einer Präjudicialklage vindicirt und auch an Andere cedirt werden. Deshalb sind auch Pupillen (nicht aber Frauen) gesetzliche Geschlechtstutoren und durch capitis deminutio minima wird das ganze Verhältniß, welches ein Zubehör der Agnation u. s. w. ist, zerstört. Daher bedarf es endlich bei Rechtsgeschäften der Einwilligung aller gesetzlichen Vormünder[50]). Im Justinianeischen Rechte hat sich jedoch die am meisten von der Regel abweichende Art der gesetzlichen Vormundschaften, die Geschlechtstutel, verloren und bei den übrigen sind allmälig die von den übrigen Vormundschaften geltenden Grundsätze eingeführt worden[51]). Aehnliche Ansichten finden sich im älteren teutschen Rechte. Dort ist die Vormundschaft ursprünglich die aus dem allgemeinen Familienrechte entspringende Vertretung der wehrlosen freien Personen in der Familie durch die wehrhaften Vertreter derselben, und der Vormund ist als dasjenige der wehrhaften Familienglieder zu betrachten, welches zunächst dazu berufen ist, diese Vertretung als Organ der ganzen Familie für eine bestimmte wehrlose Person geltend zu machen[52]). Das Nähere darüber wird noch später erwähnt werden. Aber auch die gesetzliche Vormundschaft hatte bei den Teutschen den doppelten Charakter eines Rechtes und einer Pflicht. — Im heutigen Rechte ist die Regel die, welche schon das römische Recht als solche aufstellt, daß die Vormundschaft nicht wegen des Vormundes, sondern wegen des Pfleglinges angeordnet wird.

Zweiter Abschnitt. Uebersicht der Personen, bei welchen ein Vormund vorkommt.

I. Römisches Recht. Es ist bereits erwähnt worden, daß alle Personen, welche aus irgend einem Grunde, sei es wegen der Art ihrer Persönlichkeit oder wegen ihres Geschlechtes, Alters, ihrer körperlichen oder Geistesbeschaffenheit oder wegen anderer rechtlicher oder natürlicher Ursachen, nicht ihre eigenen Vormünder sind, deshalb eines fremden Beistandes und einer fremden Vertretung bedürfen, welche ihnen durch die Vormundschaft gewährt werden. Da das römische Recht aber zwei Arten der Vormundschaft, die tutela und die cura kennt, so muß das

---

49) Gai. Inst. Comm. I. §. 192. fin. L. 1. pr. D. 26. 4. Vgl. Friesen, de tutelae et successionis legitimae nexu. Ien. 1719. Schroeter, de nexu tutelae et iuris succedendi. Ien. 1820.

50) Ulp. Fragm. Tit. XI. §. 26. Cic. pro Flacco c. 34. L. 5. C. V. 59.

51) L. 5. C. V. 59. L. 5. C. V. 30. Nov. 118. cap. 5.

52) Kraut Bd. 1, S. 29 flg., 62 flg.

Nähere, welche Personen der Tutel, welche der Cura unterworfen sind, bei diesen Hauptarten der Vormundschaft vorkommen. Beide Hauptarten der Vormundschaft setzen aber voraus, daß die schutzbedürftige Person nicht in häuslicher Abhängigkeit sich befinde, wie in väterlicher Gewalt u. s. w. Dies wird durch die Regel ausgedrückt: patrem habenti tutor vel curator non datur [53]).

II. Teutsches Recht [54]). Das teutsche Recht hat den Grundsatz, daß einige Personen eines Vormundes bedürfen, bei anderen hingegen es in ihrer Willkür steht, ob sie einen Vormund haben wollen oder nicht. Was die Personen betrifft, welche in die erste Klasse gehören, so ist zwischen den vollkommen Freien und denen, welche nicht zu diesen gerechnet werden können, zu unterscheiden. Von den ersteren stehen wieder einige ohne weitere Voraussetzung ihre ganze Lebenszeit unter Vormundschaft. Hierher gehören alle freien Frauenspersonen. Freie Mannspersonen hingegen bedürfen nur unter gewissen Voraussetzungen eines Vormundes, nämlich dann, wenn sie noch nicht ein gewisses Alter erreicht haben, wenn sie geisteskrank, wenn sie krank, blind, stumm, lahm, verkrüppelt oder Mißgeburten (preßhafte Personen, wie wir sie jetzt zu bezeichnen pflegen), wenn sie stark verwundet, endlich auch wenn sie getödtet sind. Die Personen der zweiten Klasse, die nicht vollkommen Freien, welche einen Vormund haben, stehen während ihres ganzen Lebens und ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht unter Vormundschaft. Da dieses eine Folge ihres Standes ist, so wird diese Art der Vormundschaft von Kraut passend mit dem Namen der Standesvormundschaft bezeichnet. Da es aber unter diesen Personen im älteren Rechte viele Abstufungen mit einem verschiedenen Rechtsverhältnisse gab, so läßt sich daraus, daß diese Vormundschaft bei Einer Klasse von ihnen vorkommt, noch nicht schließen, daß sie bei allen stattgefunden habe. Kraut untersucht die hierüber aufbewahrten sehr dürftigen Nachrichten, namentlich die longobardischen Rechtsquellen, und erklärt die wichtigsten hier in Betracht kommenden Stellen [55]). Das Resultat seiner Untersuchung, auf welche zu verweisen ist, besteht darin, daß nach den longobardischen Rechtsquellen die Standesvormundschaft lediglich bei Freigelassenen stattfand. Auch in den übrigen Volksrechten und in Urkunden ist von einer Standesvormundschaft nur bei Freigelassenen und bei ihrem Stande nach freien Leuten, welche sich freiwillig unter dieselbe begeben haben, die Rede [56]). Ferner sind unter den Ausdrücken: Mundlinge, mundiliones, mundiculi, Mundmannen oder Mundleute, Vogtleute (advocatitii), welche in den Urkunden des Mittelalters häufig zur Bezeichnung von Personen, welche unter Standesvormundschaft stehen, vorkommen, nicht die eigentlichen Unfreien oder eigenen Leute zu verstehen. Endlich

53) Vgl. Rudorff Bd. 1, S. 174 flg.
54) Kraut Bd. 1, S. 10 flg.
55) Edict. Rothar. c. 225. 226. L. Liutpr. 139.
56) Nähere Nachweisungen darüber siehe bei Kraut S. 16, N. 19, 20.

kennt auch selbst die Glosse zum Sachsenspiegel die Standesvormundschaft nur noch bei Freigelassenen[57]). Die bisher genannten Personen standen wohl schon in den ältesten Zeiten bei den Teutschen unter Vormundschaft. Zu ihnen kamen nach Annahme des Christenthums auch die Geistlichen und die kirchlichen Anstalten als moralische Personen. Auch bei den Geistlichen war das Bedürfniß, einen Vormund zu haben, Folge ihres Standes, und dauerte daher so lange, als sie diesem Stande angehörten, fand auch statt ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht. Daher ist die Vormundschaft über Geistliche eine zweite Art von Standesvormundschaft. — Was diejenigen Personen anlangt, von deren Willkür es abhängt, ob sie einen Vormund haben wollen oder nicht, so ergiebt sich aus dem Bisherigen, daß zu ihnen nur vollkommen freie Männer gehören können, welche nicht schon aus einem der angeführten Gründe eines Vormundes bedürfen. Es steht aber keineswegs in der Willkür aller dieser Männer, ob sie einen Vormund haben wollen oder nicht, sondern nur in dem Willen derjenigen, welche eine gewisse Altersstufe erreicht haben[58]). Wann aber Jemand zu seinen Tagen gekommen ist und wann über dieselben hinaus, ergiebt sich aus der angeführten Stelle des Sachsenspiegels ebenfalls, nach welcher der Mann über 21 Jahre zu seinen Tagen, über 60 Jahre über seine Tage hinausgekommen ist. Unter denen, welche noch nicht zu ihren Tagen gekommen sind, hat man aber nicht alle Personen zu verstehen, welche überhaupt noch nicht 21 Jahre alt sind, sondern, wie Kraut ausführlicher gezeigt hat und auch später noch zu erwähnen sein wird, nur diejenigen Mannspersonen, welche bereits 12 Jahre alt sind, aber noch nicht das Alter von 21 Jahren erreicht haben. Nach dem Sachsenspiegel wird die Buße und das Wehrgeld eines freien Mannes auch keineswegs durch das Begeben desselben unter Vormundschaft vermindert[59]). Zwar wird in der angeführten Stelle blos ein Mann, welcher über seine Tage hinaus ist, ausdrücklich genannt; man hat aber dennoch durchaus keinen Grund daran zu zweifeln, daß dasselbe nicht auch von demjenigen galt, welcher noch nicht zu seinen Tagen gekommen war. Daß der Sachsenspiegel blos den ersteren nennt, erklärt sich daraus, daß von jenen Grundsätzen des Sachsenspiegels das in dem sog. Görlitzer Rechtsbuche enthaltene Recht, außer daß es die im Sachsenspiegel schon mit dem Alter von 21 Jahren verknüpfte Wirkung erst mit dem Alter von 24 Jahren verbindet, darin abweicht, daß, wenn ein Mann von 60 Jahren einen

57) Glosse zum sächs. Landr. B. 1, Art. 23.

58) Sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 1: Er sinne tagen und nach sinne tagen muz ein man wol vormunde haben, ob erz bedarf, und muz ez wol entberen, ob her wil.

59) Im sächs. Landr. a. a. O. heißt es nach den Worten „über sechzig jar, so ist her boben sine Tage komen", weiter: „als her vormunden haben sal, ob her wil, und krenket der mete sine buze nicht noch sin weregeld."

Vormund annimmt, seine Buße dadurch sich um die Hälfte mindert[60]). Merkwürdig ist die Gleichheit, welche in dieser Beziehung zwischen einem solchen Manne, einer Frauensperson und einem Freigelassenen stattfindet. Denn nach den Rechtsquellen des Mittelalters hat jedes Weib die halbe Buße und das halbe Wehrgeld eines Mannes von ihrem Stande[61]), und die compositio eines Freigelassenen ist schon nach den alten Volksrechten halb so groß, wie die eines vollkommen freien Mannes[62]). — Diejenigen, welche keinen Vormund nöthig haben, heißen **mündig**. Die Bedeutung dieses Wortes ist so zu erklären, daß mündig, wie ähnlich gebildete Ausdrücke, ursprünglich so viel heißt, wie fähig zur Vormundschaft, d. h. fähig, nicht blos über Andere, sondern besonders auch über sich selbst die Vormundschaft zu führen. Daher kommt auch statt mündig der Ausdruck selbstmündig vor[63]) und es wird von dem Mündigen gesagt, daß er sein eigener Vormund sei[64]). Wer aber über einen Anderen die Vormundschaft führen kann, hat selbst keinen Vormund mehr nöthig. Unmündig sind demnach nur die, welche einen Vormund haben müssen, nicht aber alle, welche überhaupt einen Vormund haben. Schon die natürliche Beschaffenheit der Personen, welche einen Vormund nöthig haben, ergiebt, daß die Schutz- und Hilfsbedürftigkeit bei den eigentlichen Klassen derselben von sehr verschiedenem Umfange sein muß. Darin kommen sie aber in dieser Beziehung alle überein, daß ihnen zu gerichtlichen Handlungen ein Vormund nothwendig ist. Aber auch bei denen, welche sich freiwillig unter Vormundschaft begaben, war der Hauptzweck, warum sie es thaten, der, einen Vertreter vor Gericht zu haben, wie sich daraus ergiebt, daß der Sachsenspiegel von dieser Art von Vormundschaft zunächst nur in Bezug auf gerichtliche Handlungen redet[65]).

Dritter Abschnitt. Grund der Vormundschaft.

I. **Römisches Recht.** Grund der Vormundschaft war bei den Römern entweder die allgemeine Schutz- und Hilfsbedürftigkeit gewisser Personen oder gewisse den Römern eigenthümliche Einrichtungen. Erstere entschied für die Nothwendigkeit der Vormundschaft bei Personen, welche wegen zarten Alters oder wegen körperlicher oder Geistesbeschaffenheit zur eigenen Vertretung unfähig waren, und derselbe Grund hat wohl bei allen Völkern für die Nothwendigkeit der Vormundschaft entschieden. Als eigenthümliche römische Einrichtungen, welche für die Vormund-

60) Vgl. Görlitzer Rechtsbuch Art. 47, §. 17 bei **Homeyer**, des Sachsenspiegels zweiter Theil nebst den verwandten Rechtsbüchern Bd. 2, S. 223 flg.

61) Sächs. Landrecht B. 3, Art. 45, §. 2 vgl. mit B. 2, Art. 16, §. 3. Schwabensp. 402, 6.

62) L. Angl. et Werin. Tit. 9. L. Wisigoth. VIII. 4. 16.

63) Lüb. Recht v. 1240 Art. 114.

64) Ditmars. Landr. v. 1447 §. 192.

65) Sächs. Landr. B. 1, Art 42, §. 1 verglichen mit dem vorhergehenden und den folgenden Artikeln.

schaft über gewisse Personen von Einfluß waren, sind zu bezeichnen die Familienverbindung durch Agnation und Gratilität und bei Freigelassenen das Patronat und das auf beiden beruhende gesetzliche Erbrecht, zu dessen Erhaltung die Vormundschaft denjenigen zustand, welche die nächsten gesetzlichen Erben waren, auch über solche Personen, die sonst nicht schutzbedürftig waren, z. B. über Frauen, welche die Pubertät erreicht hatten. Hier war also nicht blos die Schutzbedürftigkeit gewisser Familienglieder, welche einen Schutz von Seiten der Familie nothwendig machte, sondern es war auch das Interesse der Familie an Erhaltung des Vermögens, welches zu einer Vormundschaft selbst über diejenigen Personen führte, welche eines Schutzes sonst nicht bedurft hätten. Im neuesten römischen Rechte entscheidet lediglich die Schutz- und Hilfsbedürftigkeit für die Nothwendigkeit einer Vormundschaft.

II. Teutsches Recht[66]). Von den Personen, welche nach teutschem Rechte eines Vormundes bedürfen, sind einige schon von Natur so hilfsbedürftig, daß sie, wie bereits unter I. bemerkt wurde, wohl bei allen Völkern unter einem Schutze stehen und es daher rücksichtlich ihrer nicht weiter untersucht zu werden braucht, warum dies auch gerade bei den Teutschen der Fall war. Andere hingegen stehen ihrer natürlichen Beschaffenheit nach denjenigen, welche keines Vormundes bedürfen, vollkommen gleich. Der Grund der Vormundschaft kann daher nicht in dieser bei ihnen liegen, sondern nur in der eigenthümlichen Einrichtung jeder bürgerlichen Gesellschaft. Und so beruht die Vormundschaft, wenigstens zum Theil, bei den Teutschen auf der älteren teutschen Verfassung. Die alten teutschen Völkerschaften zerfielen in lauter einzelne Gemeinden, von welchen immer mehrere zu einem größeren Ganzen, einem Staate, vereinigt waren. Die höchste Gewalt in diesem Staate übte entweder eine, aus Genossen der einzelnen Gemeinden bestehende, Landesversammlung oder ein Einzelner, ein König oder wie er sonst geheißen hat, aus. Selbstverständlich hatten im ersten Falle die einzelnen Gemeinden eine große Selbstständigkeit und waren nur in einzelnen Punkten durch die Landesversammlung beschränkt. Aber auch da, wo sich ein König fand, war diese Selbstständigkeit in der Regel nicht viel geringer, da die königliche Gewalt gewöhnlich von nicht großem Umfange war. Auch den einzelnen Mitgliedern der Gemeinden stand eine gleiche Unabhängigkeit zu. Ihre Freiheit war so ausgedehnt, daß nur die Sitte und die Furcht vor Rache von Seiten ihrer Genossen, nicht aber eine höhere gebietende und strafende Gewalt sie in ihren Handlungen oder Unterlassungen einschränken konnte. Dies zeigte sich namentlich darin, daß jeder von ihnen berechtigt war, Verletzungen seiner Person oder Sachen durch eigene Gewalt zu rächen, welche Befugniß passend das Fehderecht genannt wird. Die Sitte gebot aber nicht unversöhnliche Verfolgung des Gegners, sondern

66) Vgl. Kraut §. 3—5, Bd. 1, S. 24—35.

Abstehen von der Fehde, wenn der Urheber der Verletzung sich dazu verstand, an den Verletzten einen gewissen Preis, im mittelalterlichen Latein, weil dadurch die Fehde beigelegt wurde, compositio genannt, zu entrichten. Zur Erlangung der compositio bedurfte es nicht des Schreitens zur Fehde von Seiten des Verletzten, sondern derselbe konnte auch deshalb vor Gericht gegen seinen Gegner klagen, welches dann denselben, wenn er sich überhaupt auf die Klage einließ und nicht es vorzog, die Sache durch die Fehde auszumachen, zur Erlegung der compositio zwang. Die Fehde übte aber regelmäßig nicht der Verletzte allein, sondern mit Beistand seiner Verwandten und ebenso wurde umgekehrt sein Gegner von seinen Verwandten gegen ihn vertheidigt. Hiervon war die Folge, daß der Verletzte die compositio mit seinen Verwandten theilte und daß auf der anderen Seite auch die Verwandten des Urhebers der Verletzung, um sich von der Fehde zu befreien, entweder überhaupt zur Bezahlung der compositio mit beitrugen oder sie wenigstens dann, wenn jener selbst sie nicht entrichten konnte, bezahlen mußten. Da die Klage vor Gericht nur eine besondere Art der Geltendmachung des Rechtes war, dieses selbst aber dadurch nicht verändert wurde, so galt dasselbe auch, wenn die compositio nicht durch Fehde, sondern durch Klage vor Gericht gefordert wurde. War Jemand getödtet oder so verletzt, daß er sich nicht mehr selbst Recht verschaffen konnte, so mußten nach der Sitte seine Verwandten allein die compositio auf die eine oder die andere angegebene Weise von dem Urheber der Verletzung und dessen Verwandten beitreiben[67]). — Eine andere Wirkung des Schutzverhältnisses, in welchem die einzelnen Familienglieder zu einander stehen, besteht darin, daß die Eideshelfer, mit welchen die Parteien in vielen Fällen ihre Behauptungen vor Gericht zu bekräftigen haben, in der Regel Verwandte der streitenden Theile sind[68]). — Außer bei der compositio und der Eideshilfe war die Familienverbindung noch besonders wirksam in dem gegenseitigen Erbrechte der Familienglieder. Daher hieß „aus der Familie treten" so viel, als sich von der Haftungspflicht, der Eideshilfe und der Erbfolge lossagen; davon war aber die natürliche Folge, daß für einen solchen dann auch seine Verwandten nicht mehr hafteten, ihm keine Eideshilfe leisteten und er sie nicht beerbte[69]). Bei einer Verfassung, nach welcher der Schutz, welcher Jemandem zu Theil wurde, zunächst auf der Familienverbindung beruhte, wurde natürlich innerhalb derselben jede Selbsthilfe möglichst vermieden. Eine noch in späteren Zeiten davon sich noch vorfindende Spur ist, daß ein Verwandter dem

---

67) Tacit. de morib. German. c. 21. L. Fris. 2. 2. LL. Eduardi Confess. 12. §. 8. L. Sal. 65. L. Fris. 1. 1. L. Wisigoth. VI. 5. 4. L. Burgund. 2. 1. L. Baiuv. III. 13. 1. L. Alem. 46. 2. 68. 1. 2. 4. L. Saxon. 2. 5. 6.

68) Anthelred's Gesetz VI, v. 1014 §. 18 (Schmid, angelsächs. Gesetz S. 133). L. Grimoaldi 7. Edict. Rothar. 365. 367. L. Burgund. 8. 1. L. Baiuv. 7. 15. Sächs. Landr. B. 3, Art. 32. §. 4, 5, 9. Sächs. Weichb. 4, Anf.

69) L. Sal. Tit. 63.

anderen den gerichtlichen Zweikampf verweigern konnte 70) und daß, wenn ein Verwandter dem anderen ohne Noth und ohne Rechtfertigung durch höhere Pflicht Schaden zufügt, er dadurch ebenso eine Untreue begeht wie der Vasall, welcher sich auf gleiche Weise gegen seinen Lehnsherrn vergeht 71). Da aber auch vor Gericht die streitenden Theile in manchen Fällen des Beistandes ihrer Verwandten bedurften und überhaupt das Anrufen des gerichtlichen Schutzes bei Streitigkeiten der Verwandten unter einander mit der engen Familienverbindung nicht wohl verträglich war, so war die Klagerhebung eines Verwandten gegen den anderen vor Gericht gewiß nur eine Ausnahme. Es mußte daher in der Familie selbst eine Einrichtung geben, wodurch dem von einem Verwandten verletzten Familiengliede zu seinem Rechte verholfen wurde, ein Familiengericht, welches die unter den Familiengliedern selbst entstandenen Streitigkeiten zu schlichten hatte. Auch stand die Familie ihren einzelnen Gliedern nicht blos in der That bei, sondern berieth sich auch über ihr Wohl, wenn sie in anderer Weise Hilfe bedurften und bildete also in dieser Beziehung einen Familienrath. — Selbstverständlich konnten nur die wehrhaften Leute durch Fehde ihre Rechte verfolgen und sich vertheidigen. Aber auch vor Gericht konnten nur diejenigen, welche selbst hätten Fehde üben können, in eigener Person klagen oder sich vertheidigen. Dies erklärt sich theils daraus, daß das Gericht ursprünglich ein bloßes Schiedsgericht war, welchem nur dann eine Entscheidung zustand, wenn die streitenden Theile sich ihm freiwillig unterwarfen, theils daraus, daß die ältesten Gerichte Volksversammlungen waren, in welchen nur wehrhafte Leute auftreten durften. Aus dem letzteren Grunde waren die nicht wehrhaften Personen auch zu allen Rechtsgeschäften unfähig, welche ursprünglich nur in der Volksversammlung und später vor Gericht mit voller Wirkung vorgenommen werden konnten, wohin namentlich die Uebertragung des echten Eigenthums gehörte. — Da nach dem früher Bemerkten alle Personen, bei welchen eine Vormundschaft vorkommt, das mit einander gemein haben, daß sie gerichtliche Handlungen nicht ohne Vormund vornehmen können, so ist ohne Zweifel der Grund, weshalb Jemand eines Vormundes bedarf, zunächst darin zu suchen, daß er unfähig ist, die Waffen zu führen. Dieser Grund ist auch in der That bei allen jenen Personen vollkommen ausreichend. Denn unfähig zur Waffenführung sind nicht blos die durch ihre körperliche oder geistige Beschaffenheit daran Verhinderten, wie Kinder, Frauenspersonen, Geisteskranke und Preßhafte, sondern auch alle, welche aus rechtlichen Gründen die Waffen nicht führen dürfen, wie Geistliche und alle nicht vollkommen Freien. Dies gilt auch

70) Sächs. Landr. B. 1, Art. 63, §. 3. Sächs. Weichb. 35. Schwabensp. 171, 10—12. S. Klenze, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 6, S. 178 flg. Sydow, Darst. des Erbrechtes nach dem Sachsenspiegel §. 29.

71) Sächs. Landrecht B. 1, Art. 78, §. 1—4. Schwabenspiegel 197, 198, §. 1—3.

von den kirchlichen Anstalten, weil sie in ihrer Eigenschaft als moralische Personen nur etwas Gedachtes sind, und ihre Vorsteher, als Geistliche, keine Waffen führen dürfen. Die Wehrlosigkeit der Getödteten endlich ist klar. Dagegen ist es räthselhaft, wie bei den Getödteten überhaupt von einer Vormundschaft die Rede sein kann, weil Jemand, der gar nicht mehr existirt, keines Schutzes zu bedürfen scheint. Man könnte es für eine blos bildliche Redensart halten wollen, wenn derjenige Verwandte eines Getödteten, welcher von dem Todtschläger und dessen Familie die durch den Todtschlag verwirkte compositio einklagt, dessen Vormund genannt wird. Es ist aber an eine bildliche Redensart nicht zu denken, wie daraus hervorgeht, daß in den Rechtsquellen mit denselben Worten von der Vormundschaft über einen Erschlagenen, wie von der über einen Verwundeten die Rede ist[72]. Kraut löst dieses Räthsel durch folgende Betrachtung. War nämlich Jemand verstümmelt und hatte er für die verlorenen Glieder schon eine compositio bekommen, so galt er in Bezug auf den Volksfrieden um den Betrag derselben als abgestorben, d. h. wenn er später getödtet wurde, so minderte sich die compositio für den Todtschlag um den Betrag der früheren[73]. Hieraus läßt sich auf der anderen Seite aber wohl mit Recht folgern, daß ein Getödteter in Bezug auf den Volksfrieden noch so lange als fortlebend galt, bis er gesühnt war. — Hiernach hat das teutsche Recht wohl auch eine Vormundschaft über Embryonen gekannt. Denn der Embryo hatte sein besonderes, von dem der Mutter verschiedenes Wehrgeld[74], und derjenige, welcher, wenn er getödtet ist, dieses einzufordern hat, ist nach dem Obigen als sein Vormund zu betrachten. Die Nichterwähnung dieser Art der Vormundschaft in den teutschen Rechtsquellen erklärt sich wohl daraus, daß der Vormund des Kindes mit dem der Mutter in der Regel Eine Person ist und die Rechte des Kindes meistens mit Rechten der Mutter zugleich zu verfolgen sind. — Erklärt es sich nun gleich auf die angegebene Weise vollkommen, warum die genannten Personen einen Vormund nöthig haben, so ergiebt sich daraus doch nicht, warum nur bei den wenigstens im weiteren Sinne freien Leuten, nicht aber auch bei Unfreien eine Vormundschaft vorkommt. Vielmehr scheint der angegebene Grund der Vormundschaft bei ihnen im vollen Grade zuzutreffen, da Unfreie keine Waffen führen dürfen. Es folgt also hieraus, daß er nicht ausreichend ist, sondern daß außer der Wehrlosigkeit noch ein Grund existiren muß, weshalb sich bei einigen Personen ein Vormund findet, bei anderen nicht. Da auch der Charakter der Gewere, welche der Herr an seinen Unfreien ebensogut wie an

---

72) Magdeb. Recht für Görlitz v. 1304 Art. 140. Lüb. Recht Cod. Brok. II. 193. III. 171.

73) Sächs. Landr. B. 2, Art. 20, §. 2.

74) L. Sal. 28. 5. L. Rip. 36. 10. L. Alem. Tit. 77. 91. Cap. addit. ad L. Alem. c. 20. Edict. Rothar. c. 75.

seinen Sachen hat[75]), in einer Vertheidigung und Beschützung besteht[76]), so muß dieser Grund nothwendig mit dem Unterschiede zwischen Vormundschaft und Gewere zusammenhängen. Es ist nun bestritten, ob ein solcher Unterschied wirklich der Sache nach stattfindet oder ob er blos in den Worten liegt, so daß der Schutz, unter welchem sich Freie befinden, vorzugsweise Vormundschaft, der Schutz hingegen, welchen Sachen und Unfreie von ihrem Herrn haben, Gewere genannt wird. Der letzteren Ansicht ist Phillips[77]), indem er behauptet, daß alle schutzbedürftigen Menschen überhaupt, wie die beweglichen Sachen, in der Gewere desjenigen, auf dessen Grund und Boden sie sich befanden, gestanden hätten und folgert hieraus, daß, da die Unfreien durchaus den beweglichen Sachen gleichgeachtet werden müßten, auch keine Verschiedenheit in den Verhältnissen der unfreien und anderer nicht wehrhafter Menschen für die ältere Zeit anzunehmen sei. Dafür scheint auch besonders zu sprechen, daß noch in späteren Rechtsquellen bisweilen von einem Vormunde über eine Sache die Rede ist[78]). Dagegen kommt aber, wie Kraut weiter ausgeführt hat, in Betracht, daß in den Quellen nicht nur in der Regel zwischen Vormundschaft und Gewere genau unterschieden wird, sondern daß auch von einer Gewere an freien Leuten nirgends die Rede ist. Auch ist es nicht einmal nothwendig, anzunehmen, daß in den angeführten Stellen die Gewere an einer Sache Vormundschaft genannt werde, weshalb auf die Ausführung von Kraut zu verweisen ist. Es ist demnach anzunehmen, daß im teutschen Rechte von jeher ein Unterschied zwischen Vormundschaft und Gewere nicht blos den Worten, sondern auch der Sache nach bestanden hat. Was die Frage betrifft, worauf jener Unterschied beruht habe, so hat schon Albrecht dieselbe zu beantworten versucht[79]). Nach ihm ist nämlich „Vogtei die Vertretung von Personen in Betreff ihrer Rechte, Gewere die Vertheidigung von Sachen oder eigener Rechte desjenigen, welcher die Gewere hat," so daß namentlich, wenn der Herr für seinen Unfreien vor Gericht auftritt, er selbst als der Berechtigte und Verpflichtete betrachtet wird, während der Vormund in gleichem Falle nur als Beschützer der Rechte seines Mündels angesehen werden kann. Er bringt diesen Unterschied damit in Verbindung, daß die Freiheit in der Rechtsfähigkeit nach Landrecht, die Unfreiheit hingegen in dem völligen Mangel dieser Rechtsfähigkeit besteht und daher auch in dem Land- oder Volksgerichte von Rechten eines Unfreien gar nicht die Rede sein kann. Wenn auch diese Behauptungen richtig sind, so ist doch dadurch jene Frage nicht hinreichend beantwortet, indem es hier-

---

75) Sächs. Landr. B. 3, Art. 32, §. 6. Schwabensp. 74.
76) Albrecht, Gewere S. 10.
77) Phillips, teutsche Geschichte Bd. 1, S. 182 flg.
78) J. B. Hamb. Stat. v. 1270 I, 12. Sächs. Lehnr. Cap. 28.
79) Albrecht, Gewere S. 11, 302 flg.

nach immer noch zweifelhaft bleibt, ob der Mündel auch dem Vormunde gegenüber Rechte hatte und ob er also doch in der That in Bezug auf diesen in dem nämlichen Verhältnisse stand wie die Unfreien. Mit Kraut[80]) ist aber anzunehmen, daß auch in dieser Rücksicht ein Unterschied zwischen den freien schutzbedürftigen Leuten und den Unfreien bestanden habe, weil zu dem Begriffe der Freiheit nach teutschem Rechte und also auch zur Rechtsfähigkeit nach Landrecht es nothwendig gehört, daß der Freie nicht in der Art in der Privatgewalt eines Einzelnen stehen kann, wie eine Sache der Gewalt desjenigen unterworfen ist, in dessen Gewere sie sich befindet. Was nun die Frage anlangt, auf welche Weise die Rechte des Mündels dem Vormunde gegenüber geltend gemacht werden können, so kann natürlich von Rechten des Mündels gegen den Vormund nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß jener außer dem Schutze des Vormundes auch noch den Schutz eines Anderen genießt, welcher ihn nöthigenfalls gegen den Vormund selbst vertritt. Dieser Andere war bei den schutzbedürftigen Leuten, welche eine freie Familie hatten, diese Familie, welche sie nicht blos neben dem Vormunde schützte, sondern ihnen auch nöthigenfalls gegen diesen selbst Schutz gewährte. Die Beweise dafür lassen sich aber nur verstehen, wenn man zuvor weiß, wer der gewöhnliche Vormund jener Leute war. Es wird dies später noch besonders erörtert werden; vorläufig genügt die Angabe des Resultates dahin, daß der regelmäßige Vormund der genannten Personen zunächst ihr Vater und nach dessen Tode ihr nächster Schwerdtmage ist, daß aber über eine verheurathete Frau der Ehemann und nach dessen Tode in der Regel sein nächster Schwerdtmage die Vormundschaft führt. Was die Beweismittel hierfür betrifft, so ist daran zu erinnern, daß die Familienverbindung im Laufe der Zeit sich immer mehr auflöste; man ist daher vollkommen berechtigt, anzunehmen, daß die Wirkungen derselben, welche noch in späteren Zeiten vorkommen, früher eher strenger als schwächer waren. Es können daher als Beweismittel auch Stellen aus verhältnißmäßig späteren Rechtsquellen gebraucht werden. Der Satz, daß jeder Mündel gegen seinen Vormund durch seine eigene Familie geschützt werde, läßt sich am genügendsten bei einer verheuratheten Frau beweisen. Dieser Schutz zeigt sich nämlich besonders darin, daß, wenn der Mann seine Frau tödtet, ihre Familie die compositio für die Tödtung von ihm zu verlangen hat[81]). Daher fällt in diesem Falle auch immer einem Mitgliede aus der Familie der Frau die Vormundschaft des Todtschlages zu[82]). Der Schutz, welchen die Frau von ihrer Familie gegen ihren Mann genoß, beschränkte sich aber nicht blos etwa darauf, daß er sie nicht ungerächt tödten durfte, sondern bezog sich auch auf andere Rechtsverletzungen der Frau durch den Mann,

80) Kraut Bd. 1, S. 37 flg.
81) Edict. Rothar. 200.
82) Goslar. Rechtserkenntniß bei Bruns, Beiträge S. 189, Nr. 22.

wie aus mehreren Stellen der Rechtsquellen hervorgeht [83]). Stand die Frau nach dem Tode ihres Mannes unter der Vormundschaft seiner Schwerdtmagen, so wurde sie auch gegen diese von ihrer Familie geschützt [84]). Ebenso mußten, wenn der Vormund die Witwe wieder verheurathen will, ihre Verwandten dazu ihre Einwilligung geben und diese können sogar den Vormund zwingen, ihr die Wiederverehelichung zu gestatten, wenn er nur schadlos gehalten wird [85]). Daß auch die Kinder und die unverheuratheten Frauenspersonen gegen diejenigen, welche nach dem Tode ihres Vaters die Vormundschaft über sie führen, durch ihre Familie geschützt werden, geht daraus hervor, daß der Vormund bei allen wichtigeren Handlungen, welche er mit der Person oder dem Vermögen seines Mündels vornimmt, Verwandte desselben, besonders von der mütterlichen Seite, zuziehen muß [86]). Die Frage anlangend, wer die Kinder gegen den Vater schütze, dessen Gewalt über die Kinder nach teutschem Rechte auch nur eine Vormundschaft ist, so sind für diesen Fall die Beweismittel nicht blos am dürftigsten, sondern es scheint auch das Gegentheil dargethan werden zu können. Denn da der Vater in älteren Zeiten die Kinder nicht nur in die Unfreiheit verkaufen, sondern sogar tödten durfte [87]), so scheint damit ein Schutz, welchen die Kinder gegen ihren Vater gehabt hätten, ganz unvereinbar zu sein. Dennoch dürfte auch hier mit Kraut ein Schutz der Kinder durch ihre mütterliche Familie gegen den Vater anzunehmen sein [88]). Was aber die Frage betrifft, wie hiermit das Recht des Vaters, seine Kinder in die Unfreiheit zu verkaufen und sie zu tödten, zu vereinigen sei, so dürfte dies eher zur Bestätigung als zur Widerlegung jener Annahme beitragen. Denn das Recht des Vaters, das Kind zu tödten, war in sehr enge Grenzen eingeschränkt, indem es unbedingt nur so lange geübt werden durfte, als das Kind noch nichts genossen hatte [89]). Wenn in den betreffenden Stellen gesagt wird, es sei bei den Friesen unerlaubt

---

83) LL. Liutpr. 22. 130. L. Grimoaldi 6. 7. L. Baiuv. XII. 14. 1. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 41 flg.

84) L. Angl. et Wer. 14. Die hier erwähnte Anschuldigung, daß die Frau ihren Mann vergiftet habe, kann nur von seinen Schwerdtmagen ausgehen.

85) L. Saxon. 7. 3. 4.

86) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9 (Walch, Beitr. z. teutsch. Recht Bd. 1, S. 99). Auch in anderen Rechtsquellen kommen Beispiele davon vor. Vgl. Instit. Lub. art. De domina (bei Westphalen 3. 624.). Saalf. Stat. aus dem 14. Jahrh. Art. 176 (Walch Bd. 1, S. 58). Augsburg. Stat. bei Walch Bd. 4, S. 242. Saarbrück. Stat. v. 1321 bei Kremer S. 427. Auch die Gesetze der Länder sächsischen Rechtes aus dem 17. u. 18. Jahrh. enthalten Beispiele von Fällen, wo die nächsten Verwandten des Mündels vom Vormunde bei wichtigeren Geschäften zuzuziehen sind und deren Einwilligung sogar das obrigkeitliche Decret ersetzt. Vgl. Heimbach, sächs. Privatrecht §. 155 a. E. und Note 11 dazu.

87) Grimm, Rechtsalterthümer S. 455 flg., 461.

88) Vgl. darüber die Ausführung von Kraut Bd. 1, S. 44 flg.

89) Es wird dieses Recht auch nur bei den Friesen erwähnt. Vgl. die bei Kraut Bd. 1, S. 45 angeführten Stellen.

gewesen, ein Kind zu tödten, sobald es etwas genossen habe, so ist dies nicht von einer bloßen sittlichen Regel zu verstehen, welche ungeahndet hätte überschritten werden können, sondern man muß dabei an eine rechtliche Unerlaubtheit denken, deren Wirkung nach der damaligen Verfassung natürlich nur darin bestehen konnte, daß die Verwandten des getödteten Kindes Rache zu nehmen befugt waren. Auch das Recht des Vaters, das Kind in die Unfreiheit zu verkaufen, konnte nur unter gewissen Bedingungen ausgeübt werden und zwar, ohne daß das Kind etwas verschuldet hatte, nur dann, wenn sich der Vater in Noth befand, besonders bei einer Hungersnoth, wie sich daraus ergiebt, daß die ältesten Gesetze, welche diesen Verkauf zu beschränken und zu mildern suchen, nur reden de his, qui filios suos, fame aut aliqua necessitate cogente vendunt [90]). Und wenn endlich nach einzelnen Rechtsquellen der Vater und selbst jeder andere Vormund wegen gewisser Vergehen die Kinder oder Mündel zu tödten und zu verkaufen berechtigt waren [91]), so folgt daraus weiter nichts, als daß in gewissen Fällen die Tödtung und der Verkauf des Mündels verstattet war, nicht aber, daß dem Vater oder Vormunde ein unbedingtes Recht über Leben und Tod desselben zustand. — Diejenigen Freien, welche sich unter Standesvormundschaft begaben, scheinen hierdurch nicht aus der Verbindung mit ihrer Familie herausgetreten zu sein und wurden daher von dieser gegen ihren Vormund geschützt. — Da die Freigelassenen keine freie Familie hatten, welche ihnen hätte Schutz gewähren können, so fragt es sich, durch wen sie gegen ihren Vormund geschützt wurden. Vormund derselben war in der ältesten Zeit gewiß ihr bisheriger Herr. Später gab es bekanntlich mehrere Acten der Freilassung, wobei der Freigelassene ganz außer Verhältniß zu dem bisherigen Herrn trat und entweder selbst das Recht bekam, sich einen Vormund zu wählen oder der Vormundschaft des Königs oder der Kirche unterworfen wurde [92]). Bei den unter der Vormundschaft des Königs Stehenden konnte zwar von keinem Schutze, welchen sie gegen diesen hätten haben können, die Rede sein; die Gewalt des Königs war aber auch eine öffentliche Gewalt und daher die Unterwerfung unter dieselbe mit dem Begriffe der Freiheit nicht unvereinbar. Es fragt sich daher nur, welchen Schutz die übrigen Freigelassenen gegen ihren Vormund hatten. Da, wo es einen König gab, standen sie wohl von jeher, außer unter dem Schutze ihres Vormundes, auch unter dem Schutze des Königs [93]). Ueber den Schutz, welchen die Freigelassenen in den ältesten Zeiten bei den Völkern, bei welchen es keine königliche Gewalt gab, gegen ihren Vormund hatten, sind nur Vermuthungen möglich. Nach

90) Capit. Caroli Calvi tit. 36. c. 34. a. 864. Auch in späteren Zeiten wurde nur in diesem Falle der Verkauf des Kindes gestattet. Siehe Grimm, Rechtsalterthümer S. 461 u. sächs. Distinct. IX, 6, 1.

91) Edict. Rothar. 222.

92) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1, §. 51.

93) Die Beweise dafür siehe bei Kraut Bd. 1, S. 48.

der Vermuthung von Kraut wurden sie in die Familie ihres Patrons aufgenommen und also auch nöthigenfalls von ihr gegen diesen geschützt. Für diese Vermuthung spricht nicht blos der Zusammenhang der ganzen älteren teutschen Verfassung, nach welcher aller Schutz, welchen jemand genoß, zunächst von einer einzelnen Familie ausging, sondern noch insbesondre der Umstand, daß bei den den Germanen nahe verwandten Völkern in der älteren Zeit es gewöhnlich war, daß ein Freigeborener den Freigelassenen in seine Familie aufnahm[94]). — Was endlich die einzelnen Geistlichen und die Kirchen und geistlichen Anstalten als juristische Personen betrifft, so standen sie von jeher entweder unmittelbar unter der Vormundschaft des Königs oder wurden von diesem gegen ihren Vormund geschützt. — Das Resultat des Bisherigen läßt sich kurz in den Satz zusammenfassen: die Vormundschaft kommt nur bei solchen Leuten vor, welche ihrem Stande nach frei sind und wird jedesmal nothwendig, wenn diese, sei es aus physischen oder aus rechtlichen Gründen, die Waffen zu führen unfähig sind. Da die Rechtlosen und Ehrlosen die wichtigsten Freiheitsrechte nicht haben, so hängt es damit ohne Zweifel auch zusammen, daß sie keinen Vormund haben können[95]).

Vierter Abschnitt. Fähigkeit zur Vormundschaft.

I. Römisches Recht. Absolute Hindernisse, welche zur Vormundschaft unfähig machen, sind: A. mangelnde Rechtsfähigkeit. Da die Vormundschaft ein öffentliches Amt ist, so sind diejenigen von ihr ausgeschlossen, welche keine volle politische Rechtsfähigkeit besitzen. Dahin gehören; 1) Sclaven. Die Ernennung derselben im Testamente ist zwar nicht immer absolut nichtig, sondern wird bisweilen, als unter der stillschweigenden Bedingung der Freiheit angeordnet, erhalten, worüber das Nähere bei der testamentarischen Tutel vorkommen wird. Die Ernennung durch die Obrigkeit ist aber unbedingt ungiltig[96]). 2) Nichtbürger. Der ursprünglichen Regel nach sind sie ausgeschlossen[97]). Doch gilt dasselbe von Latini Iuniani nur bei testamentarischer Ernennung[98]), während ihre Bestellung von Seiten der Obrigkeit wenigstens in späterer Zeit als giltig betrachtet wurde[99]). B. Eigene Schutzbedürftigkeit. Das römische Recht enthält die allgemeine Regel, daß derjenige, welcher selbst eines Vormundes bedarf, keines Anderen Vormund sein kann[100]). Dahin gehören: 1) Frauen. Sie können sowohl im älteren Rechte als

---

94) Das Nähere darüber siehe bei Kraut a. a. O. S. 49 flg.

95) Sächs. Landr. B. 1, Art. 16, §. 2. Art. 48, §. 1. Schwabensp. 126, 2. Schwabenspiegel (Wackernagel) 61. Ueber das Weitere siehe Kraut Bd. 1, S. 51—55.

96) L. 7. C. V. 34.

97) L. 17. D. 48. 19.

98) Das Nähere darüber kommt bei der testamentarischen Tutel vor.

99) Fragm. Vat. §. 193.

100) L. 5. C. V. 30.

auch im Justinianeischen nach Aufhebung der Geschlechtstutel nicht Vormünderinnen sein[101]). Je mehr die Geschlechtstutel verfiel, umsomehr war das spätere Recht geneigt, da, wo ein wirkliches praktisches Bedürfniß einer weiblichen Vormundschaft, nämlich bei der Mutter und Großmutter, vorhanden war, eine Ausnahme zu statuiren, wovon das Nähere bei der gesetzlichen Tutel vorkommen wird. 2) Unmündige und Minderjährige. Jugend des Tutor und Curator bildete nach älterem römischen Rechte einen bloßen Excusationsgrund, bei welchem jedoch noch zwischen den Delationsgründen zu unterscheiden ist. Ist nämlich der Vormund in einem letzten Willen ernannt, so gilt die Ernennung als eine stillschweigend bedingte. Die Vormundschaft wird ihm also nicht eher deferirt, als bis er volljährig ist[102]). Ist er durch das Gesetz zur Vormundschaft berufen, so ist er sogleich Tutor; aber so lange er noch Pupill ist, wird er nicht zur Verwaltung zugelassen, sondern ein Interimsvormund bestellt, welcher mit der Pubertät wieder abtritt[103]). Ist er aber pubes, so wird er allerdings zugelassen, da nach älterem Rechte die Pubertät Anfangstermin der vollständigen öffentlichen Rechtsfähigkeit ist; nur hat er seines Alters wegen eine freiwillige Excusation[104]). Justinian hat aber allgemein die Minderjährigkeit der Unmündigkeit gleichgestellt. Der Minderjährige soll sowenig als der Unmündige zur Ausübung der legitima tutela zugelassen werden, wenn er auch wollte; nur soll er dadurch sein Erbrecht nicht einbüßen und auch wohl nicht zu Gunsten des folgenden Grades übergangen, sondern durch einen Interimsvormund ersetzt werden, wie es bei dem impubes tutor der Fall war. Ebenso soll er nicht zum dativus tutor bestellt werden, und wenn dies dennoch geschehen wäre, auch ohne Excusation von der Verwaltung entfernt werden[105]). Noch giebt es Unfähigkeitsgründe, welche die heutige Doctrin und Praxis nach Analogie dieser römischen Bestimmungen aufstellt. Sie sind bei dem heutigen Rechte zu erwähnen. — Das römische Recht kennt außer den absoluten auch relative Hindernisse, welche zur Vormundschaft unfähig machen. Da dieselben mit der Lehre von den Excusationen zusammenhängen, so sind sie dort zu erwähnen.

II. Teutsches Recht. Da es zum Wesen der Vormundschaft gehört, daß der Vormund seinen Mündel vor Gericht vertrete und dieser zur Vornahme gerichtlicher Handlungen unfähig ist, so können natürlich diejenigen, welche eines Vormundes bedürfen, nicht selbst Vormünder sein. Es läßt sich daher mit Gewißheit behaupten, daß Frauenspersonen zur Führung einer Vormundschaft unfähig sind; denn wenn

101) L. 1. §. 1. L. 3. §. 4. L. 10. D. 26. 4. L. 11. pr. D. 26. 5. L. 1. C. V. 35.

102) L. 32. §. 2. D. 26. 2. §. 2. Inst. I. 14.

103) Gai. I. §. 177—179. Ulp. Tit. XI. §. 20. Vgl. Rudorff Bd. 1, S. 198 flg.

104) §. 13. Inst. I. 25. Fragm. Vat. §. 151. 223.

105) L. 5. C. V. 30. §. 13. Inst. I. 25.

dies auch nirgends ausdrücklich gesagt ist, so findet es sich doch stillschweigend dadurch anerkannt, daß nirgends von weiblichen Vormündern die Rede ist. Nur die Mutter macht hiervon eine Ausnahme, da diese in vielen, selbst ziemlich alten Rechtsquellen, nach dem Tode des Vaters zur Vormundschaft über ihre Kinder zugelassen wird. Es kann aber diese Ausnahme nicht als dem ursprünglichen System des teutschen Rechtes angehörig angesehen werden [106]). — Aus demselben Grunde sind auch Mannspersonen, so lange sie unmündig sind, zur Führung einer Vormundschaft unfähig. Wohl aber können sie in dem Alter, in welchem es in ihrer Willkür steht, ob sie einen Vormund haben wollen oder nicht, selbst Vormünder sein [107]). Die in der Note angeführte Stelle des Sachsenspiegels spricht freilich nur von einem Kinde, welches noch nicht zu seinen Tagen gekommen ist; allein ohne Zweifel galt dasselbe auch von einem Manne, welcher über seine Tage hinaus war, da beide sich im übrigen gleichstehen und der beigefügte Grund, warum ein noch nicht zu seinen Tagen gekommenes Kind schon eine Vormundschaft führen kann, ebensogut auf einen solchen Mann paßt. Die Frage, ob Leute dieser Art, wenn sie sich freiwillig unter Vormundschaft gestellt haben, dennoch selbst Vormünder sein können, scheint mit Kraut verneint werden zu müssen, weil es wohl natürlich ist, daß derjenige, welcher sich für unfähig erklärt hat, sich selbst vorzustehen, nicht für fähig zu halten ist, der Vorsteher Anderer zu sein. — Ebenso kann selbstverständlich ein Geisteskranker nicht Vormund sein. Es wird dies auch in den Rechtsquellen ausdrücklich gesagt [108]). Dasselbe gilt von den preßhaften Personen [109]). Aus demselben Grunde sind die Geistlichen zur Führung einer Vormundschaft unfähig [110]). Rücksichtlich der Freigelassenen könnte es wegen mehreren Stellen zweifelhaft werden, ob sie nicht wenigstens Vormünder ihrer Ehefrauen sein können [111]). Es ist diesfalls auf die Ausführung von Kraut [112]) zu verweisen, deren Resultat ist, daß nicht der Freigelassene selbst, sondern dessen Vormund zugleich auch der Vormund seiner Ehefrau war. — Daß Unfreie nicht Vormünder freier Leute sein können, folgt schon dergestalt aus dem Wesen der Vormundschaft, daß die Verfasser der älteren teutschen Rechtsquellen eine ausdrückliche Erwähnung für unnöthig gehalten haben. Dies gilt auch von den Juden schon deshalb, weil sie durch das ganze Mittelalter als Hörige galten. Da nur vollkommen freie Männer Vormünder sein können und den Rechtlosen und Ehrlosen die eigentlichen Freiheitsrechte

---

106) Vgl. besonders Kraut §. 111, 112, Bd. 2, S. 669 flg. u. den Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 85 flg.
107) Sächs. Landr. Bd. 1, Art. 42, §. 2.
108) Schwabensp. 319, 6, 7.
109) Goslar. Stat. (Göschen) S. 17, Z. 8—11.
110) Erfurt. Stat. v. 1300 §. 9. Verm. Sachsensp. I, 42 pr.
111) Edict. Rothar. 217. L. Liutpr. 126.
112) Kraut Bd. 1, S. 57—60.

mangeln, so sind sowohl diese als auch jene zur Führung einer Vormundschaft unfähig [113]). — Die bisher genannten Personen sind zur Führung einer Vormundschaft absolut unfähig. Außerdem kann aber auch Jemand, welcher im allgemeinen die Fähigkeit zur Uebernahme einer Vormundschaft hat, doch unfähig sein, über einen bestimmten Mündel die Vormundschaft zu führen, also relativ unfähig sein. Dies ist der Fall, wenn er nicht die Fähigkeit besitzt, in dem Gerichte aufzutreten, unter welchem der Mündel steht. Hieraus erklärt sich, daß jeder Vormund seinem Mündel ebenbürtig sein muß [114]). Denn da nach der älteren teutschen Gerichtsverfassung alle Gerichte nur von und für Standesgenossen gehalten wurden, so mußte auch jeder, welcher in einem bestimmten Gerichte die Stelle des Klägers oder des Beklagten vertreten wollte, ein Standesgenosse und also dem von ihm Vertretenen ebenbürtig sein. Eine Ausnahme hiervon macht der Ehemann, welcher auch dann Vormund seiner Frau ist, wenn er ihr nicht ebenbürtig ist [115]), was darin seinen Grund hat, weil die Ehefrau während der Ehe als Standesgenossin des Mannes betrachtet wurde. Wegen Mangels der Fähigkeit in dem Gerichte aufzutreten, unter dem der Mündel stand, konnten ferner alle Fremden nicht Vormünder sein. Der Begriff eines Fremden war daher aber auch von verschiedenem Umfange [116]).

III. Heutiges Recht. Das heutige Recht kennt einzelne Gründe der Unfähigkeit zur Uebernahme der Vormundschaft, welche im römischen Rechte begründet sind, nicht, z. B. die Unfähigkeit der Sclaven und derer, welche nicht römische Bürger sind. Von den Gründen absoluter Unfähigkeit, welche das ältere teutsche Recht kennt, fällt die Unfähigkeit der Männer, welche über ihre Tage hinausgekommen sind, weg, dafern sie sich nicht selbst unter Vormundschaft gestellt haben, sowie die Unfähigkeit der Geistlichen, Freigelassenen. Von den relativen Unfähigkeitsgründen kommt die Nichtebenbürtigkeit des Vormundes in Wegfall. Rücksichtlich der Fremden bestimmen die teutschen Particularrechte meistens deren Unfähigkeit [117]). Dagegen hat das heutige Recht (Doctrin und Praxis) die Zahl der absoluten Unfähigkeitsgründe vermehrt. Es stellt nämlich den Grundsatz auf, daß diejenigen, auch großjährigen Personen, welche selbst unter Vormundschaft stehen oder ihren eigenen Geschäften nicht vorstehen können, unfähig zur Führung einer Vormundschaft sind. Aus diesem Grunde sind von der Vormundschaft ausgeschlossen: 1) Wahnsinnige und Verstandeslose. Das römische Recht

---

113) Erfurt. Stat. v. 1309 Art. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 98). Verm. Sachsensp. I, 42, 1.

114) Sächs. Distinct. I, 14, 5.

115) Sächs. Landr. Bd. 1, Art. 45, §. 1.

116) Schwabensp. 319, 8. L. Lubec. (bei Westphalen 3. 624.) art. Quis potest. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 61.

117) Beispiele solcher Particularrechte siehe bei Rudorff Bd. 2, S. 36, N. 14.

läßt zwar, wenn eine solche Person zum Vormunde bestellt worden ist und sich Wiedergenesung hoffen läßt, Bestellung eines Interimscurator zu [118]), und es wird sogar die in einem letzten Willen geschehene Bestellung eines furiosus als Tutor als eine durch dessen Wiedergenesung bedingte betrachtet [119]); auch ist, wenn ein solcher durch das Gesetz oder die Obrigkeit zur Tutel berufen ist, die Bestellung rechtsgiltig; es wird aber bis zur Genesung ein Interimsvormund bestellt. Jedenfalls steht aber solchen Personen eine Excusation zu, welche in den Fällen einer wahren Unfähigkeit sogar eine nothwendige ist [120]). Das heutige Recht ist hiervon abweichend. Denn bei der im heutigen Rechte unbestrittenen Nothwendigkeit, die aus irgend einem Grunde zur Vormundschaft Berechtigten zu bestätigen, kann keine obervormundschaftliche Behörde einen Geisteskranken, es werde ihm durch letzten Willen oder durch Gesetz die Vormundschaft deferirt, als Vormund bestätigen und unterdessen, bis er zur Genesung kommt, einen Interimsvormund bestellen, weil sich bei einer an Geisteskrankheit leidenden Person, auch wenn sie wieder genest, nicht erwarten läßt, daß sie die mit der Vormundschaft verbundenen Pflichten so erfüllen werde, wie es von einer nicht geisteskranken Person erwartet werden kann; der Richter als obervormundschaftliche Behörde würde die ihm als solcher obliegenden Pflichten gegen die der Vormundschaft bedürftigen Personen verletzen, wollte er hierbei auf die Gründe, aus welchen die Vormundschaft deferirt wird, bei Geisteskranken irgend einige Rücksicht nehmen, und am wenigsten kann der Richter, wenn ein Geisteskranker nicht durch Testament oder Gesetz zur Vormundschaft berufen ist, einen solchen als tutor dativus ernennen, weil er dadurch seinen Pflichten als obervormundschaftliche Behörde offenbar zuwider handeln würde. Denn mit der Bestellung eines Interimsvormundes kann nicht genügend geholfen werden; denn die Rechnungsablegung desselben ist nach römischem Rechte nur zwischen dem Interimsvormunde und dem wirklichen Vormunde, wenn er zur Genesung kommt, abzumachen. Ist auch nach dem heutigen Rechte, wie später noch zu erwähnen ist, die Rechnungsablegung von Seiten des Vormundes, sei er ein Interimsvormund oder ein nicht blos interimistisch bestellter Vormund, nicht blos eine zwischen dem Vormunde und dem Mündel, resp. dessen neuem Vormunde zu erledigende Sache, sondern muß vielmehr die Rechnung der obervormundschaftlichen Behörde nach der Reichsgesetzgebung jährlich und auch dann, wenn während der Nothwendigkeit der Vormundschaft der alte Vormund abgeht und ein neuer Vormund eintritt, abgelegt werden, so liegt es offenbar im Interesse des Bevormundeten, daß die Vormundschaft, so lange eine solche nothwendig ist, nicht gespalten, nicht verschiedenen Personen ohne factische oder recht-

118) L. 10. §. 8. L. 12. D. 27. 1.
119) L. 11. D. 26. 1. §. 2 Inst. I. 14.
120) Vgl. Rudorff Bd. 2, S. 43 flg.

liche Nothwendigkeit übertragen, vielmehr Eine Person mit der Vormundschaft betraut werde, so lange als kein physischer oder rechtlicher Grund zur Beendigung der Vormundschaft eintritt. Daher muß man nach heutigem Rechte behaupten, daß Geisteskranke, sie seien es nun beständig oder lassen Hoffnung zur Wiedergenesung zu, zur Führung einer Vormundschaft schlechterdings unfähig sind. 2) Gerichtlich erklärte Verschwender. Das römische Recht enthält über deren Fähigkeit oder Unfähigkeit zur Uebernahme einer Vormundschaft keine ausdrückliche Bestimmung. Die heutige Doctrin, Praxis und Gesetzgebung nimmt aber deren Unfähigkeit an[121]), mit Recht, weil solche Personen den Wahnsinnigen in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens gleichgeachtet werden und daher ebenso, wie Wahnsinnige selbst, unter Vormundschaft stehen[122]). Es gilt hier, was Justinian[123]) von den Minderjährigen sagt: Cui ferendum est, eundem esse tutorem vel curatorem, et sub cura agere? Es bedarf indessen hier nicht der Berufung auf Bestimmungen des römischen Rechtes, sondern es liegt in der Natur der Sache und in den heutzutage in der Obervormundschaft, namentlich bei der Bestätigung der Vormünder, begriffenen Pflichten, daß der Richter als Obervormund keine Person als Vormund bestätigen, bezüglich bestellen könne, welcher durch ihre competente Obrigkeit wegen Verschwendung die Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist. Es kann auch diesfalls nicht unterschieden werden, ob die fragliche Person im Inlande oder im Auslande für einen Verschwender durch seine zuständige Obrigkeit erklärt worden ist. Denn immer würde der Richter seinen Pflichten als Obervormund zuwider handeln, wollte er eine, wenn auch im Auslande für einen Verschwender durch deren zuständige Behörde erklärte Person als Vormund bestätigen, bezüglich bestellen. 3) Blinde, Taube und Stumme. Diese Personen können ihren eigenen Angelegenheiten nicht vorstehen und bedürfen fremder Hilfe[124]). Einen besonderen Grund führt Paulus[125]) an, nämlich den, daß ein Vormund, welcher nicht hören oder reden kann, keine auctoritas interponiren könne. Ein Tauber oder Stummer, sagt Hermogenian[126]), kann weder gesetzlicher Vormund sein, noch im Testamente, noch auf eine andere Art giltig zum Vormunde bestellt werden. Das römische Recht stellt indessen auch Hindernisse solcher Art unter den Begriff der excusatio, wenn auch necessaria[127]). Das Nähere darüber wird bei den Excusationen vorkommen. Im heutigen Rechte ist der im römischen Rechte gegen die Fähigkeit der Tauben oder Stummen von Paulus geltend gemachte

121) Rudorff Bd. 2, S. 21.
122) L. 12. §. 2. D. 26. 5.
123) L. 5. C. V. 30.
124) §. 4. Inst. I. 23. L. 8. D. 26. 5.
125) L. 1. §. 2. 3. D. 26. 1.
126) L. 10. §. 1. D. 26. 4.
127) L. un. C. V. 67. L. 3. C. V. 34.

Grund, daß sie zur Interposition der auctoritas unfähig sind, unzureichend, weil, wie später auszuführen sein wird, die Erfordernisse der römischen auctoritas tutoris heutzutage nicht mehr maßgebend sind. Dagegen müssen dergleichen Personen als unfähig zur Führung einer Vormundschaft deshalb betrachtet werden, weil sie selbst, wenigstens bei gewissen Geschäften, eines Vormundes bedürfen, und wollte man sie auch als Vormünder zulassen, sie doch immer, um sich verständlich zu machen, wenn sie des Schreibens unkundig sind, einer Mittheilung durch besonders dazu befähigte Personen bedürfen. Es muß schlechterdings mit den Pflichten des Richters als Obervormundes für unverträglich geachtet werden, solche blinde, taube oder stumme Personen als Vormünder zu bestätigen, bezüglich zu bestellen, bei welchen er sich, um mit ihnen zu verkehren, auf die Beihilfe dritter Personen verlassen muß, die zu controliren er nicht einmal die erforderlichen technischen Kenntnisse hat, z. B. Kenntniß der Zeichensprache u. s. w. 4) Personen, welche wegen Krankheit und körperlicher Schwäche ihren eigenen Geschäften nicht vorstehen können. Solche Personen haben nach römischem Rechte eine Excusation, welche sogar eine nothwendige sein kann, worüber das Weitere bei den Excusationen vorkommen wird. Nach heutigem Rechte würde der Richter als Obervormund seinen diesfallsigen Pflichten zuwider handeln, wollte er eine solche Person, die unter Umständen selbst eines Vormundes bedarf, als Vormund bestätigen, bezüglich bestellen.

Fünfter Abschnitt. Zusammenhang der Vormundschaft mit dem Familienschutze.

I. Römisches Recht. Es ist bereits früher auf den Zusammenhang der Vormundschaft mit dem Familienschutze hingewiesen worden. Obgleich die 12 Tafeln schon die testamentarische Tutel kannten und der gesetzlichen Tutel dadurch vorzogen, daß sie bestimmten: Uti legassit super tutela suae rei, ita ius esto, muß dennoch die legitima tutela über Pupillen und Frauenspersonen sowie die gesetzliche Cura der Agnaten und Gentilen über furiosi und prodigi für die älteste und in der Regel eintretende Art der Vormundschaft im älteren römischen Rechte gehalten werden. Obgleich nun die gesetzliche Tutel, bezüglich Curatel nur der strengen familia der Agnaten und Gentilen bei Freigeborenen, der Patronen bei Freigelassenen zustand, so findet sich doch neben derselben noch eine Controle, welcher die Vormundschaft unterworfen ist, durch den Familienrath (consilium necessarium) [128]). Er besteht aus den Cognaten und Affinen [129]). Eine Beschränkung nach Graden wird dabei nicht angeführt; es ist also die gewöhnliche Grenze der proximitas anzunehmen. Diesem Familienrathe oder dessen Mitgliedern steht nun die Vormund-

128) Klenze, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. VI, S. 74—76. Rudorff Bd. 1, S. 17 flg.
129) L. 1. D. 27. 2. L. 18. C. V. 4.

schaft selbst niemals zu. Nur bei der obrigkeitlichen Bestellung des Vormundes fällt die Wahl des Richters vorzüglich und gewöhnlich auf ein Mitglied des Familienrathes[130]), welches alsdann sich meistens weder entschuldigen, noch einen Anderen zu dem angetragenen Amte vorschlagen darf. Im neueren römischen Rechte haben zwar die Cognaten ein Recht auf die gesetzliche Vormundschaft; indessen ist es nicht der Familienrath der proximi, sondern die an die Stelle der Agnaten getretene gesammte Cognation, auf welche dieses alte Recht der Agnaten vererbt worden ist. Diese Verwandten haben auf die Begründung, die Verwaltung und Beendigung der Vormundschaft einen sehr wichtigen Einfluß. 1) Zunächst haben sie nämlich oft eine berathende Stimme über die Frage, ob eine Vormundschaft angeordnet werden soll oder nicht[131]), stets aber das Recht und die Verpflichtung der Erbittung und die Betreibung der Bestellung eines Dativvormundes unter Vorsitz der Obrigkeit. 2) Ferner gebührt dem Familienrathe die Berathung über alle persönliche Verhältnisse des Pfleglinges, dessen Aufenthalt, Wahl der Lebensart, Erziehung, Verheurathung u. s. w.; wobei namentlich die Erziehung gewöhnlich einem aus der Mitte des Familienrathes anvertraut wird. In dieser Beziehung ergänzt also der Familienrath und das aus ihm gewählte Mitglied gewissermaßen die Vormundschaft, indem es für diejenigen Bedürfnisse des Pfleglinges sorgt, um welche sich der Vormund, welchem nur die Verwaltung des Vermögens und die Bekräftigung der Rechtsgeschäfte obliegt, sich nicht zu bekümmern hat. Dem Vormunde selbst gebührt aber Sitz und Stimme in diesem Familienrathe. 3) Endlich hat der Familienrath und jedes einzelne Mitglied desselben auch über die Amtsführung des Vormundes, selbst in dessen eigenthümlichem Geschäftskreise, die allgemeine Aufsicht und Controle dergestalt, daß die Verwandten, wenn Ermahnungen vergeblich oder unanwendbar waren, auf die Absetzung und selbst auf die Bestrafung des Vormundes anzutragen befugt sind.

II. Teutsches Recht. Nach teutschem Rechte ist, wie sich aus dem früher Bemerkten ergiebt, die Vormundschaft ursprünglich nichts Anderes als die aus dem allgemeinen Familienschutze entspringende Vertretung der wehrlosen freien Personen in der Familie durch die wehrhaften Glieder derselben. Der Vormund ist daher als dasjenige unter den wehrhaften Familiengliedern zu betrachten, welches zunächst dazu berufen ist, diese Vertretung als Organ der ganzen Familie für eine bestimmte wehrlose Person geltend zu machen. Es wird dies dadurch bestätigt, daß, wenn der eigentliche Vormund für den Augenblick nicht zu erlangen ist, jedes andere zur Führung einer Vormundschaft fähige Mitglied der Familie seine Stelle vertreten kann[132]). Noch mehr findet

130) L. 1. §. 23. D. 37. 9.
131) L. 3. §. 5. D. 37. 10.
132) Sächs. Landr. B. 1, Art. 43 a. E.

dies Bestätigung dadurch, daß, wenn entweder unter den Familiengliedern überhaupt oder doch unter den näheren Verwandten niemand da ist, welcher zur Führung der Vormundschaft berechtigt wäre, der Familie obliegt, für die Bestellung eines Vormundes zu sorgen[133]). Auch ist es eine Folge dieses Charakters der Vormundschaft, daß, wenigstens nach manchen Statuten, die Familie, wenn sie zu dem zunächst zur Vormundschaft berufenen Familiengliede nicht das gehörige Vertrauen hat, dasselbe davon auszuschließen und einen anderen Vormund zu bestellen berechtigt ist[134]). Aus demselben Grunde hatte auch die Familie ohne Zweifel die Befugniß, dem Vormunde die Vormundschaft wegen Mißbrauches derselben oder offenbarer Unfähigkeit dazu wieder zu entziehen.

III. Heutiges Recht. Heutzutage entscheiden über die Competenz des Familienrathes, dessen Zusammensetzung u. s. w. gemeinrechtlich die Grundsätze des neuesten römischen Rechtes. Der im älteren teutschen Rechte so enge Zusammenhang der Vormundschaft mit dem Familienschutze ist verschwunden; es wird davon noch besonders bei der Darstellung der Veränderungen, welche die Vormundschaft des teutschen Rechtes erlitten hat, die Rede sein. In Particularrechten finden sich noch mannigfache Spuren des Schutzes, welchen die Familie ihren schutzbedürftigen Mitgliedern gewährt[135]). In Frankreich ist dem Familienrathe ein bedeutender Einfluß eingeräumt; auch ist seine Zusammensetzung und Organisation genauer bestimmt[136]).

Sechster Abschnitt. Von der Obervormundschaft.

I. Römisches Recht. In Rom wurde nicht nur das Vormundschaftswesen für einen Gegenstand der cura publica erklärt[137]) und Volk und Kaiser übten nicht nur in Vormundschaftssachen das Recht der Gesetzgebung, sondern von sehr alter Zeit her hatten die Magistrate auch einen wichtigen praktischen Antheil an der Sorge für das Beste der Pflegebefohlenen, welchen sie gewöhnlich auf Antrag und unter Zuziehung der Cognaten und Affinen ausübten. Die Anfänge dieser obervormundschaftlichen Fürsorge finden sich schon in den 12 Tafeln; die weitere Ausbildung erfolgte durch die lex Plaetoria, Atilia, Iulia et Titia; in der Kaiserzeit entstand eine allgemeine Oberaufsicht, welcher nur der Name Obervormundschaft abgeht. Die Behörden, welche die obervormundschaftlichen Rechte ausüben, waren in Rom, abgesehen von der staatshoheitlichen Gewalt des Kaisers, die höheren Magistraturen: die Consuln, der Präfect der Stadt, die Prätoren, besonders der Praetor

133) L. Wisigoth. IV. 3. 3. Schwäb. Lehnr. 23, 5.
134) Augsburg. Stat. v. 1276 bei Freyberg S. 109.
135) Z. B. in den sächsischen Gesetzen des 17. u. 18. Jahrhunderts. Vgl. Heimbach, sächs. Privatrecht §. 155 a. E. u. N. 11.
136) Code civ. art. 405. 406.
137) L. 2. §. 2. D. 26. 6.

tutelaris, die iuridici und Provinzialstatthalter und unter ihnen, aber zugleich mit Verantwortlichkeit wenigstens in der Kaiserzeit, die Stadtmagistrate und Defensoren unter Zuziehung der Bischöfe und anderer öffentlicher Personen. Die einzelnen Functionen der Obervormundschaft werden zweckmäßig mit denen der Vormundschaft in Einer Darstellung verbunden; vorläufig muß eine allgemeine Bezeichnung derselben genügen. Diese Functionen beziehen sich auf alle Seiten des vormundschaftlichen Verhältnisses, Anstellung, Verwaltung und Entlassung. 1) Zu den obervormundschaftlichen Functionen bei Anstellung der Vormünder gehören folgende: a) die tutoris oder curatoris datio und confirmatio. Nach der lex Atilia, Iulia et Titia, der Constitution von Marcus und nach römischem Rechte überhaupt bezieht sie sich auf Fälle, in welchen eine giltige testamentarische oder gesetzliche Vormundschaft entweder nicht vorkommen kann oder zufällig nicht vorkommt. Es muß eine causae cognitio über die petitio und die Tüchtigkeit des erbetenen Vormundes vorausgehen. b) Die Prüfung der Fähigkeit, der Excusationen und der potioris nominatio. Sie gehörte nach römischem Rechte ursprünglich an die Appellationsinstanz. Marcus Aurelius entzog ihr den Devolutiveffect und verwies sie an die obervormundschaftlichen Behörden, vor welchem auch schon die petitio verhandelt worden war. c) Die Satisdation und Verpflichtung der Vormünder. Die Abnahme prätorischer Stipulationen gehört nach römischem Rechte zum imperium, nicht zur iurisdictio, also vor die höheren Magistrate. Sie wurde aber oft den Stadtmagistraten, welche bloße iurisdictio haben, aufgetragen, und diese haben denn seit Trajan für die Unterlassung dieser Pflicht zu haften. Im neueren römischen Rechte und in den Reichsgesetzen kommt auch noch die juratorische Caution oder der Vormündereid hinzu. 2) Ebenso wichtig ist die Thätigkeit der obervormundschaftlichen Behörden bei der Verwaltung der Vormundschaft. Dahin gehört: a) die Inventarisation des Vermögens, welche schon nach römischem Rechte unter Zuziehung öffentlicher Personen geschieht, heutzutage aber allein der Obervormundschaftsbehörde gebührt. b) Bestimmung der Erziehung und Alimentation der Pflegebefohlenen, welche bei den Römern zur Cognition des Prätors oder Provinzialstatthalters unter Zuziehung des Familienrathes gehörte. c) Bestimmung oder Vertheilung der Verwaltung. Nach dem Edicte steht sie der Obrigkeit nur dann zu, wenn der Vater oder die Vormünder nichts darüber bestimmt haben; unzweckmäßige Anordnungen des Vaters binden die Obrigkeit nicht. d) Prüfung und Einwilligung bei Veräußerungen (nach der Oratio D. Severi und späteren Constitutionen), bei Annahme von Zahlungen nach Justinian's Constitution[138]). 3) Endlich concurrirt die obervormundschaftliche Behörde auch bei der Beendigung der Vormundschaft. Zu ihrer Competenz gehört nämlich: a) die cognitio suspecti

138) L. 28. C. V. 37.

und die Absetzung des ungetreuen Vormundes schon nach den 12 Tafeln. b) Die actio tutelae, negotiorum gestorum, protutelae und rationibus distrahendis oder die Abnahme der Schlußrechnung und Sorge für Herausgabe des Vermögens sowie die Prüfung der Gegenforderungen des Vormundes.

II. Teutsches und heutiges Recht. 1) Königsschutz. So lange jeder Schutz, welchen Jemand genoß, von einer freien Familie ausgehen mußte, standen diejenigen Freien, deren wehrhafte Familie ausgestorben war, in der Gefahr, ungerächt getödtet zu werden, weil es Niemand gab, welcher für den Todtschlag das Wehrgeld zu fordern berechtigt gewesen wäre. Sie mußten daher, wenn sie sich dieser Gefahr nicht aussetzen wollten, sich den Schutz einer anderen Familie verschaffen. Dies war entweder so möglich, daß sie sich unter eine wahre Standesvormundschaft begaben oder auch wohl so, daß ein einzelnes Mitglied einer wehrhaften Familie unbeschadet ihrer Selbstständigkeit ihre Beschützung, d. h. die Vormundschaft des Todtschlages über sie übernahm. Da der Familienschutz mit dem Erbrechte in dem genauesten Zusammenhange stand und ohnehin ein solcher Schutz nicht unentgeltlich ertheilt zu werden pflegte, so war hierbei wohl immer eine nothwendige Bedingung, daß dem Vormunde und dessen Familie an dem Vermögen des Schützlinges ein Erbrecht zugestanden wurde. Auch mag nicht selten eine Familie, wenn sie auch mehrere wehrhafte Leute unter ihren Mitgliedern zählte, sich aber doch zu schwach hielt, um jede Fehde gehörig bestehen zu können, mit einer anderen, in dem gleichen Falle befindlichen eine gegenseitige Schutzeinigung abgeschlossen haben, wovon dann die Folge war, daß beide auch ein gegenseitiges Erbrecht an ihrem Vermögen erhielten. Dies mag nach Kraut der Ursprung der Erbverbrüderungen gewesen sein. — Mit dem Entstehen einer königlichen Gewalt änderte sich dieses. Denn zu den Rechten des Königs gehörte bei den Germanen wohl von jeher, solchen Leuten, welche eines Familienschutzes entbehrten, diesen zu ersetzen [139]). Anfangs wurde dieser Schutz aber wohl nur den freien Staatsgenossen, d. h. denjenigen ertheilt, welche, wenn sie eine freie Familie gehabt hätten, den Schutz durch diese genossen haben würden. Da der König die Stelle der Familie bei ihnen vertrat, so kam ihm, wie dieser, nicht blos ihre compositio, wenn sie getödtet waren, sondern auch ihre Erbschaft zu. Eine Haftpflicht des Königs für ihre compositio, gleich der der Familie, ist nicht denkbar, da die compositio ja nur für die Beilegung der Fehde gegeben wurde, gegen den König aber eine Fehde unstatthaft war. Vielmehr überließ der König sie wohl der Rache ihrer Gegner oder verschaffte diesen durch Verhängung öffentlicher Strafen gegen seine Schützlinge Genugthuung. Zu jenen Personen gehörten zuvörderst alle, deren wehrhafte Familie

---

139) Marculf. Form. I. 24.: Rectum est, ut regalis potestas illis tuitionem impertiat, quorum necessitas comprobatur.

ausgestorben war, sobald sie sich nicht unter den Schutz einer anderen Familie gestellt hatten [140]). Aus demselben Grunde standen ferner diejenigen, welche zwar noch eine wehrhafte Familie hatten, aber die Verbindung mit derselben freiwillig aufgegeben hatten, unter dem Schutze des Königs [141]). Auch ist es hieraus zu erklären, daß die Freigelassenen unter dem Schutze des Königs standen. Ohne Zweifel hing wohl auch das Erbrecht, welches der König an dem Vermögen der Freigelassenen hatte, damit zusammen, daß er ihnen die Familie ersetzte. Hieraus darf wohl mit Kraut gefolgert werden, daß, wenn ein solcher Freigelassener wehrhafte Söhne hatte, der Königsschutz für ihn aufhörte, indem die Söhne ihren Vater mit Ausschluß des Königs beerbten [142]) und daher auch gewiß berechtigt waren, die compositio für ihn zu fordern, d. h. ihn zu beschützen. Da aber ferner erst seine Urenkel von ihren Seitenverwandten beerbt wurden [143]), so ist wohl aus gleichem Grunde anzunehmen, daß jeder Sohn und Enkel eines Freigelassenen, wenn er nicht selbst einen Sohn hatte, unter dem Schutze des Königs stand und daß daher erst bei der dritten Generation eines Freigelassenen der Familienschutz vollständig eintrat. Hiermit hängt es auch wohl zusammen, daß in späterer Zeit der Nachweis von vier Ahnen zum Beweise der vollständigen Freiheit verlangt wurde [144]). Endlich würde man auch sowohl den Geistlichen als den Kirchen und kirchlichen Anstalten, wenn sie nicht schon deshalb, weil die christliche Kirche sich in den germanischen Reichen, namentlich im fränkischen, unter königlicher Auctorität bildete, den Schutz des Königs genossen hätten, auch deshalb Anspruch darauf zugestanden haben, weil sie des Familienschutzes ermangelten. Denn genossen auch einzelne Geistliche, wenn sie aus einer freien Familie stammten, den Schutz dieser, so war dies doch immer nur zufällig und außerdem noch dadurch bedingt, daß sie in der Gegend ihrer Geburt ihr geistliches Amt bekleideten. — Nachdem einmal der Grundsatz, daß der König die Familie vertrete, entstanden war, wurde er bisweilen auch auf Fälle ausgedehnt, in denen in der That eine Schutzbedürftigkeit nicht vorhanden war. So tritt z. B. nach dem Salischen Gesetze der König, wenn ein Getödteter zwar wehrhafte Verwandte hat, aber seine väterliche oder mütterliche Familie ausgegangen ist, an die Stelle der fehlenden Klasse von Verwandten [145]). Der Grund dieses Königsschutzes ist wohl mit Kraut in der eigenthümlichen Art zu suchen, wie sich in der königlichen Gewalt zuerst eine eigentliche Staatsgewalt bei den Germanen bildete. Diese war nämlich in Bezug auf die durch ihre Familienverbindung Geschützten anfangs eine nur vermittelnde Behörde, welche

140) L. Baiuv. III. 13. 1.
141) L. Sal. ref. 63. 3.
142) Edict. Rothar. c. 225. L. Ripuar. 57. 4.
143) Cap. IV. a. 803. c. 8.
144) S. B. sächs. Landr. B. 1, Art. 51, §. 3, 4. B. 3, Art. 29, §. 1.
145) L. Sal. ref. 65.

es zunächst dem Verletzten und dessen Familie selbst zu überlassen hatte, wie sie das gegen sie begangene Vergehen rächen wollten. Dagegen darf in einem geordneten bürgerlichen Vereine die Staatsgewalt, welche sich in demselben immer finden muß, nicht dulden, daß der öffentliche Friede an Staatsgenossen blos deshalb ungestraft verletzt werden könne, weil es an einer als Rächer für sie aufzutreten befugten Privatperson fehlt. Daher ist der, freilich erst in späteren Rechtsquellen ausgesprochene Grundsatz, daß, wenn die wehrhaften Verwandten eines Getödteten es unterlassen, ihn zu rächen, der König oder Namens desselben der Richter als Rächer gegen den Todtschläger auftritt, der Idee der ältesten Staatsverbindung bei den Germanen vollkommen angemessen[146]). Die Nichterwähnung dieses Grundsatzes in älteren Rechtsquellen erklärt sich daraus, daß in der früheren Zeit die Rache des Todtschlages eines Familiengliedes eine so heilige durch die Sitte gebotene Pflicht war, daß, wenn der Getödtete eine wehrhafte Familie hatte, die Nothwendigkeit ihrer Vertretung durch den König gar nicht vorkam. — Mit weiterer Ausbildung der königlichen Gewalt erstreckte der König seinen Schutz auch auf Leute, welche gar nicht als rechtsfähige Subjecte im Volksgerichte anerkannt waren. Doch konnte der König ihnen kein Wehrgeld beilegen, weil dieses mit dem älteren, von ihm unabhängigen Volksrechte zusammenhing. Er gewährte ihnen seinen Schutz vielmehr dadurch, daß er sie in seinen Frieden, den Königsfrieden, aufnahm[147]), wovon die Folge war, daß jeder, welcher sie verletzte, dadurch diesen Frieden brach und in den Königsbann verfiel, d. h. eine Strafe an den Fiscus zu erlegen hatte, welche von der compositio zwar nicht überall hinsichtlich ihres Betrages, aber regelmäßig darin verschieden war, daß ihr Betrag nicht, wie bei dieser, nach Verschiedenheit der Vergehen und des Standes des Verletzten und Verletzers bald größer, bald geringer, sondern für jede Art des Friedensbruches gleich groß war. Im fränkischen Reiche und daher auch später in Teutschland betrug sie regelmäßig 60 solidi oder Schillinge[148]). — Zu jenen als nicht rechtsfähig im Volksgerichte anerkannten Leuten, welchen der Königsschutz zu Theil wurde, gehörten zuvörderst die Fremden. Anfangs genossen aber nicht alle Fremden überhaupt den Königsschutz, sondern nur solche, welche sich entweder ausdrücklich darunter begeben hatten oder zu gewissen geheiligten Zwecken das Land durchreisten, wie geistliche Boten und Pilger[149]). Schon ziemlich früh dehnte man aber diesen Schutz auf alle Fremden überhaupt aus, welche in erlaubter Absicht in das Land

---

146) Magdeburg. Schöffenurth. bei Böhme, diplom. Beitr. VI, S. 141, Nr. 2. Andere Stellen der Rechtsquellen führt an Kraut Bd. 1, S. 68, N. 13.

147) Capit. I. Caroli M. incerti anni c. 54.

148) Capit. Caroli M. incerti anni c. 57. Capit. a. 826. c. 1. Capit. I. a. 819. c. 1. Sächs. Landr. B. 2, Art. 61, §. 2. B. 3, Art. 64, §. 4, 6.

149) Edict. Rothar. c. 390. (wo gargangus einen Fremden bedeutet). L. Longob. I. q. 28.

kamen[150]). Mehrere Stellen sprechen deutlich aus, daß der König den Fremden den Familienschutz ersetze[151]). Ferner genossen auch die Juden den Königsschutz, anfangs wohl als Fremde, später mit dem Aufkommen der Idee, daß sie Hörige des Kaisers oder kaiserliche Kammerknechte seien, in dieser Eigenschaft[152]). Auch den unehelich Geborenen ersetzte der Königsschutz den ihnen mangelnden Familienschutz[153]); sie hießen daher auch Königskinder und wurden, wenn sie ohne Nachkommen starben, von dem Könige beerbt. — Da der König den Familienschutz ersetzt und die Vormundschaft ein Ausfluß des letzteren ist, so ist der König auch Vormund aller unter seinem Schutze stehenden Personen, welcher Schutz daher auch häufig mit denselben Ausdrücken, wie die Vormundschaft, bezeichnet wird. Bei den unter Königsschutz stehenden wehrhaften Freien beschränkt sich aber diese Vormundschaft, weil sie bei ihren Lebzeiten sich selbst vertreten können, auf die des Todtschlages; bei den wehrlosen hingegen ist sie auch schon bei deren Lebzeiten ganz in derselben Art, wie die Vormundschaft von Privatpersonen, wirksam, also vorzüglich in der Vertretung im Volks- oder Landgerichte. Sowie aber nicht die ganze Familie unmittelbar die Vormundschaft führt, sondern sie einem ihrer Mitglieder überläßt, so übt auch der König nicht in eigener Person die Vormundschaft über diejenigen aus, welche unter seinem Schutze stehen, sondern überträgt deren Ausübung seinen Beamten und zwar regelmäßig denjenigen, welchen die richterliche Gewalt über jene Leute zusteht. Aber auch diese, wenn sie nicht Vögte, sondern ordentliche, öffentliche Beamte sind, üben die ihnen übertragene Gewalt gewöhnlich dadurch aus, daß sie jenen Leuten Andere als Vormünder bestellen[154]). Da der Fall, wenn die Unmündigen zwar einen Vormund haben, dieser aber sich ihrer nicht annimmt, demjenigen in der That gleichsteht, wenn sie keinen Vormund haben, so nahm sie der König auch in diesem Falle unter seine Obhut und trug seinen Beamten auf, für ihre Bevormundung zu sorgen[155]). Nur wenn die Klage zu Kampfe geht, kann der Richter den Unmündigen keinen Vormund bestellen[156]). Es mußte daher, wenn der Unmündige keinen wehrhaften Verwandten hatte, welcher für ihn kämpfen konnte oder wollte, die Entscheidung der Sache durch ein Gottesurtheil erfolgen[157]). Der Grund, warum der Richter bei Klagen, welche zu Kampfe gehen, den

150) L. Baiuv. Tit. III. c. 14. §. 1. 2.

151) Friedenssch. König Eduard's und K. Guthrun's aus dem 9. Jahrh. §. 13 (bei Schmid, angelsächs. Gesetzb. S. 67). Magdeburg. Fragen I, 2. 14.

152) Sächs. Landr. B. 3, Art. 7, §. 3. Schwabensp. (349, 12) Cod. Ambras. 212.

153) Sächs. Landr. B. 3, Art. 45, §. 11.

154) Richtst. Landr. Cap. 43. Stat. von Asberg Art. 6 bei Fischer, Gesch. der teutschen Erbfolge Bd. 2, S. 143.

155) L. Longob. II. 48. 1.

156) Sächs. Landr. B. 1, Art. 43.

157) L. Angl. et Werin. Tit. 14.

Unmündigen keinen Vormund bestellen konnte, liegt, wie Kraut ausgeführt hat, wohl darin, daß der König ebensowenig zu einem gerichtlichen Zweikampfe aufgefordert werden konnte, als eine Fehde gegen ihn statthaft war, daß aber der Richter, wenn er einen Vormund bestellt, als Stellvertreter des Königs und der Vormund wieder anstatt des Richters handelt und so der Kampf mittelbar gegen den König stattgefunden haben würde. 2) Obervormundschaft. Gleichwie unter Karl dem Großen die königliche Gewalt überhaupt einen größeren Umfang als den früheren erhielt, so wurde auch der Königsschutz unter ihm über seine ursprünglichen Grenzen hinaus insofern erweitert, als er den Familienschutz nicht blos ersetzte, sondern in Rücksicht der wehrlosen Leute sich neben denselben stellte, so daß diese nun ganz allgemein, sie mochten einen Familienschutz haben oder nicht, den Schutz des Königs genossen[158]). Der König setzte daher auch alle Wehrlosen gegen jedermann in Frieden und sprach über die, welche den Frieden verletzen würden, seinen Bann aus[159]). In dessen Folge mußte derjenige, welcher einen Wehrlosen verletzte, immer den Königsbann erlegen, wobei es ganz gleichgiltig war, ob dieser einen Privatvormund hatte, welcher seinerseits außerdem noch eine compositio verlangen konnte und wollte oder nicht[160]). Zunächst wurde diese Erweiterung des königlichen Schutzes wohl durch die Vorschrift der Bibel veranlaßt, daß derjenige verflucht sein solle, welcher das Recht der Fremdlinge, der Waisen und Witwen beuge[161]), und durch die so oft in der heiligen Schrift wiederholte Ermahnung, den Armen, Waisen, Elenden und Dürftigen zu ihrem Rechte zu verhelfen[162]), welche man auf alle nach den damaligen Begriffen wehrlosen Leute anwendete. Hierauf wird in manchen Rechtsquellen hingewiesen[163]). Besonders aber galt die Beschützung der Witwen, Waisen, Kirchen und Geistlichen als eine der heiligsten Pflichten der Könige, worauf sie auch bei ihrer Krönung häufig noch besonders aufmerksam gemacht wurden. Daher wurde von den Königen auch den öffentlichen Beamten es zur strengen Pflicht gemacht, sich der Witwen und Waisen und überhaupt aller wehrlosen Leute sorgfältig anzunehmen[164]). Namentlich war die Vornahme und Abmachung der

---

158) Capit. II. a. 805. c. 24. Ut viduis et pupillis, orphanis, caecis et claudis tuitionem atque adminiculum impertiamus iuxta possibilitatem nostram ac vires.

159) Cap. II. a. 813. c. 8. Cap. a. 788. c. 2. Cap. II. a. 802. c. 20. Schwabensp. (195, 1—3) Cod. Ambras. 203. (Wackernagel). Diese Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 777.

160) Cap. I. a. 819. c. 9.

161) 5. B. Mos. Cap. 27, V. 19. 2. B. Mos. Cap. 22, V. 21—24.

162) Psalm 82, 3. Jesaias 1, 17.

163) Cap. IV. a. 806. c. 3. Eine andere Stelle aus Asegab. I, §. 11 ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 79 flg.

164) Marculf. Form. 1. 8. Cap. II. a. 805. c. 2. Cap. a. 823. c. 6. Cap. I. Caroli M. incerti anni c. 59.

Sachen der Wehrlosen in den Gerichten und öffentlichen Versammlungen vor allen anderen vorgeschrieben [165]). Seit der Zeit, wo der Königsschutz sich neben den Familienschutz gestellt hatte, kam der König auch neben der Familie ganz in dasselbe Verhältniß zu den Vormündern, worin diese bis dahin allein zu ihnen gestanden hatte. Sowie die Familie daher eine Aufsicht über die Vormünder führte und die Unmündigen gegen diese schützte, so that es von nun an der König und anstatt desselben der Richter [166]). Deshalb wurde der Mündel auch von dem Richter bevormundet, wenn er mit seinem Vormunde selbst ein Rechtsgeschäft abzuschließen hatte. Und gleichwie den Verwandten das Recht zustand, nöthigenfalls dem Vormunde die Vormundschaft zu entziehen und anstatt seiner einen anderen zu bestellen, so übte nun auch der König dieses Recht aus [167]). Darin findet auch die in späterer Zeit durch die Obrigkeit über ungetreue Vormünder verhängte peinliche Bestrafung ihre Erklärung [168]). Der vom Könige und Namens desselben vom Richter den Unmündigen ertheilte Schutz heißt schon seit längerer Zeit Obervormundschaft. Mit diesem Ausdrucke werden aber nicht blos die Rechte bezeichnet, welche der König über die Privatvormünder ausübt, sondern er bedeutet die oberste Vormundschaft und begreift daher überhaupt alle aus jenem Schutze entspringenden Befugnisse. — Da die Ausübung der Obervormundschaft schon früh den öffentlichen Beamten überlassen war, so galt sie seit dem Erwerbe der Landeshoheit durch die Beamten, ebenso wie die übrigen königlichen Rechte, welche sie bis dahin als Beamte ausgeübt hatten, als eine ihnen selbstständig zustehende Befugniß, und da ferner in den Immunitäten die Ausübung der Obervormundschaft ohne Zweifel zu den Rechten des Immunitätsherrn gehörte, so sah man sie natürlich später als ein in der Landeshoheit begriffenes Recht an [169]). Sowie ferner der Rath in den Städten allmälig die meisten, bis dahin von kaiserlichen oder landesherrlichen Beamten in denselben ausgeübten Rechte an sich brachte, so geschah dies auch mit der Obervormundschaft. Da dieselbe früher regelmäßig in Verbindung mit der Gerichtsbarkeit ausgeübt wurde, so erlangten die meisten Stadträthe sie wohl zugleich mit dieser. Manche erwarben sie aber auch durch ein landesherrliches Privilegium. Dasselbe gilt von anderen Inhabern einer Patrimonialgerichtsbarkeit. Daher wird in den späteren Reichs- und Landesgesetzen die Ausübung der Obervormundschaft als ein jeder ordentlichen Obrigkeit zustehendes Recht

---

165) Cap. a. 755. c. 23. Schwabensp. (12, 6—8) Cod. Ambras. 297. (Wackernagel).

166) Kl. Kaiserr. 2, 32. Sächs. Landr. B. 1, Art. 44.

167) L. Longob. III. 30. 1. Sächs. Landr. B. 1, Art. 41. Schwabensp. Cod. Ambros. 54. (W.)

168) Schwabensp. 324, 12, 13. Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 99).

169) Belege dafür siehe bei Kraut Bd. 1, S. 85, N. 1.

betrachtet[170]). Dabei galt sie aber auch noch fortwährend als ein in der königlichen Gewalt liegendes Recht, so daß die Reichsstände und gewöhnlichen Obrigkeiten sie immer nur als eine von jener abgeleitete Befugniß auszuüben hatten. Hierdurch findet die noch in späteren Zeiten von den Kaisern bisweilen an ihre Pfalzgrafen geschehene Uebertragung der Obervormundschaft ihre Erklärung. Aus diesem Grunde mußten auch die Reichsstände bei Ausübung der Obervormundschaft sich an die reichsgesetzlichen Bestimmungen binden[171]). Doch war, wie bei den meisten reichsgesetzlichen Vorschriften überhaupt, auch rücksichtlich der auf die Vormundschaft bezüglichen nicht nur Abänderung durch ein späteres Particulargesetz zulässig, sondern es blieben auch ältere von den Reichsgesetzen abweichende Statuten nach Erlassung derselben giltig. Seit der Auflösung des Reiches sind natürlich jene Beschränkungen weggefallen und die Obervormundschaft ist jetzt als ein aus der Souveränetät der Mitglieder des teutschen Bundes hervorgehendes Recht zu betrachten. Die Ausübung derselben steht auch heutzutage in der Regel den Gerichten zu. Bei Bevormundung Minderjähriger erklären manche neuere Gesetze[172]) dasjenige Gericht für competent, unter welchem die Eltern entweder wirklich noch ihren ordentlichen persönlichen Gerichtsstand haben oder zur Zeit ihres Todes hatten. Kraut will dies aber nur soweit als gemeinrechtlichen Grundsatz gelten lassen, als es eine Folge davon ist, daß die Kinder Einen Gerichtsstand mit dem Vater haben[173]). Er will vielmehr bei Minderjährigen sowohl als bei anderen unmündigen Personen gemeinrechtlich dasjenige Gericht, unter welchem der Unmündige selbst zu der Zeit, wo die Vormundschaft über ihn nothwendig wird, seinen ordentlichen persönlichen Gerichtsstand hat, für das zuständige gehalten wissen, weil die Verwaltung der Obervormundschaft regelmäßig als ein Annexum der gewöhnlichen Civilgerichtsbarkeit betrachtet werde und daher auch dem Gerichte zustehen müsse, welches diese über die Unmündigen ausübe. Kraut macht auch noch den weiteren Grund dafür geltend, daß die obervormundschaftliche Gewalt zu den Souveränetätsrechten gehöre und daher, wie diese überhaupt, nicht über die Grenzen des Staates hinaus ausgedehnt werden könne. Was aber von dem Verhältnisse eines Staates zum anderen gelte, müsse analogisch auch auf das Verhältniß eines Gerichtsbezirkes zu einem anderen desselben Landes angewendet werden. Man kann diesem nicht beipflichten. Innerhalb desselben Staates muß dasjenige Gericht, welches über den Vater nachgelassener unmündiger

---

170) Reichspolizeiordnung Tit. 32, §. 1 z. Anf. Landesgesetze führt an Kraut Bd. 1, S. 86, N. 4.

171) RPO. v. 1548 Tit. 31, v. 1577 Tit. 32, §. 1.

172) Z. B. Bamb. Landr. Th. 1, Cap. 1, Anh. 3, Tit. 2, §. 13. Kgl. sächs. Vorm.-Ordn. v. 1782 Cap. 1, §. 1. Preuß. Landrecht Th. II, Tit. 18, §. 56—61.

173) Vgl. Kraut Bd. 1, S. 87 flg.

ehelicher Kinder, über die Mutter bei unehelichen Kindern das regelmäßig zuständige ist, also der Richter des Wohnortes des Vaters, bezüglich der Mutter, auch rücksichtlich der Kinder für die Bevormundung als das allein zuständige angesehen werden, sobald nicht die Unmündigen, sei es durch Verheurathung der Töchter oder durch Anstellung eines besonderen Haushaltes zu der Zeit, wo die Bevormundung nothwendig wird, einen anderen selbstständigen Gerichtsstand erworben haben. Innerhalb desselben Staates muß das zur Bevormundung hiernach competente Gericht auch für Handlungen, welche in anderen Gerichtsbezirken desselben Staates vorgenommen werden, seien es nun Processe, Abschließung von Rechtsgeschäften, Veräußerung von Grundstücken u. s. w., als allein zuständig gelten. Wenn **Kraut** die obervormundschaftliche Gewalt als zu den Souveränetätsrechten des Staates gehörig betrachtet und deren Ausdehnung ebensowenig wie die der Souveränetätsrechte überhaupt, über die Grenzen des Staates hinaus für zulässig erachtet, so ist ihm darin beizupflichten; allein die analogische Anwendung, welche er von dem Verhältnisse des einen Staates zu dem anderen auf das Verhältniß des einen Gerichtsbezirkes zu einem anderen desselben Landes macht, kann nicht gebilligt werden. Denn innerhalb desselben Staates ist die obervormundschaftliche Gewalt immer nur Ausfluß desselben Souveränetätsrechtes; es läßt sich folglich nicht sagen, daß derjenige Richter, welcher für die Bevormundung überhaupt zuständig ist, rücksichtlich derjenigen Handlungen in anderen Gerichtsbezirken desselben Staates, wo er für die Unmündigen handelt, die Souveränetätsrechte eines anderen Staates verletze; er handelt als der von dem Souverän mit der Ausübung der Obervormundschaft zunächst Beauftragte, und die anderen Gerichte desselben Staates, in deren Bezirken er obervormundschaftliche Handlungen ausübt, können sich darüber als angebliche Eingriffe in ihre Gerichtsbarkeit, bezüglich obervormundschaftliche Gewalt nicht beschweren, weil sie als Beamte, bezüglich Unterthanen desselben Souveräns, die von dem Souverän einem anderen Beamten übertragene Gewalt innerhalb der derselben gesetzten Grenzen ebenso anerkennen müssen, wie ihre eigene, da sie ihre Gewalt von demselben Souverän ableiten. Auch ist selbst hinsichtlich souveräner Staaten zu unterscheiden zwischen solchen, welche von Anfang an souverän waren und welche erst Theile Eines Staates oder Reiches gewesen sind und erst später, nachdem dieses als Ein Ganzes aufgelöst worden, einzelne souveräne Staaten gebildet haben. Dieser Unterschied ist insbesondre für Teutschland wichtig. So lange das teutsche Recht bestand, waren die einzelnen teutschen Staaten, wenngleich im Besitze der Landeshoheit, doch Theile Eines Staates, wenn auch nur eines Bundesstaates unter der obersten Gewalt von Kaiser und Reich, und es konnten daher die Bedenken, welche von der Souveränetät eines Staates gegen den anderen gegen die Wirksamkeit der obervormundschaftlichen Gewalt des einen in dem anderen entlehnt werden können, gar nicht aufgeworfen

werden, denn zur Zeit des teutschen Reiches waren die einzelnen Reichsstände nicht souverän. Es hatte sich zur Zeit des teutschen Reiches im 16. und 17. Jahrhundert die Lehre von der statuta personalia, realia und die Regel: locus regit actum, gebildet[174]). Diese Lehre, wenn sie auch von den Reichsgerichten und den Landesgerichten mit dem Unterschiede zur Anwendung gebracht wurde, daß erstere diese Lehre auch auf ausländische nicht teutsche Fremde, Sachen, Rechtsgeschäfte und Urtheile anwendeten, während die Landesgerichte auch alle fremden Teutschen oder Nichtunterthanen ihrer Obrigkeit wie ausländische Fremde zu behandeln pflegten, ist zur Zeit des teutschen Reiches im wesentlichen die herrschende geblieben. Mit Auflösung des Reiches haben zwar einzelne teutsche Staaten die Souveränetät erlangt, und diese Souveränetät ist den jetzigen teutschen Bundesstaaten durch die teutsche Bundesacte gewährleistet worden; allein die herrschende Lehre hat sich dadurch nicht geändert. Wenn auch zur Zeit des Rheinbundes einzelne teutsche Staaten aus Mißverständniß der neuerlangten Souveränetät dieselbe ignorirt haben, so ist dies doch nicht maßgebend gewesen und im wesentlichen hat sich die alte Lehre in der Praxis erhalten, mit um so größerem Rechte, je weniger der Umstand, daß die jetzigen souveränen Bundesstaaten früher Theile Eines Reiches gewesen waren, ignorirt werden konnte. Das Verhältniß zu nicht teutschen souveränen Staaten rücksichtlich der Obervormundschaft bleibt hier außer Betracht. — Uebrigens bildet die Obervormundschaft an und für sich nicht einen Theil der richterlichen, sondern der oberaufsehenden Gewalt des Staates. Schon bei den Römern gehörte dies Recht zur tutoris datio nicht zum imperium oder zur iurisdictio der römischen Magistrate, sondern es muß ihnen dasselbe immer erst durch eine lex, SCtum oder constitutio principis beigelegt worden sein[175]). In Teutschland ist die Verbindung der Obervormundschaft mit der Gerichtsbarkeit auch nur als etwas Zufälliges zu betrachten und daraus entstanden, daß in den älteren Zeiten die gerichtlichen Behörden überhaupt die ordentliche Obrigkeit bildeten und deshalb außer der eigentlichen Gerichtsbarkeit auch noch manche andere Zweige der öffentlichen Gewalt zu verwalten hatten, wie denn überhaupt, abgesehen von der neuesten Zeit, wenigstens bei den Unterbehörden immer Gerichtsbarkeit und Verwaltung vereinigt gewesen sind. In neuerer Zeit hat man wegen der Wichtigkeit der Vormundschaftssachen und weil zur Behandlung derselben oft besondere, bei den gewöhnlichen Gerichten nicht immer vorauszusetzende Kenntnisse erfordert werden, für sie bei den höheren Gerichten oft eine besondere Abtheilung errichtet, welche, außer aus Mitgliedern des Gerichtes, auch noch aus anderen mit jenen besonderen Kenntnissen versehenen Personen bestehen. Diese Abtheilungen führen den Namen Pupillencollegien, Pupillensenate u. dgl. In

174) Pütter, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 27, S. 407 flg.
175) L. 6. §. 2. D. 26. 1.

den Städten verwaltete wohl ursprünglich der gesammte Rath die Obervormundschaft. Später wurden aber in den meisten von ihnen einzelne Rathsmitglieder mit der Führung derselben besonders beauftragt, welche dann Waisenherren, Vormundschaftsherren, Oberpfleger u. s. w. und die durch sie gebildete Behörde Pflegamt, Obervormundschaftsamt, Waisengericht, Waisenamt, Vormundschaftsdeputation u. s. w. genannt wurden. — In demselben Verhältnisse, in welchem der Familienschutz im Laufe der Zeit wegen veränderter Staatseinrichtungen immer mehr in den Hintergrund trat, dehnte sich die Obervormundschaft mehr aus und drängte sich in die Familie hinein. Dies geschah anfangs wohl so, daß, wenn Jemand mit dem Beschlusse des Familienrathes nicht zufrieden war, er sich an die Obrigkeit wenden und von dieser eine Abänderung des Beschlusses erwirken konnte. So durfte z. B. schon nach dem ältesten lateinischen Lüb. Rechte ein Jüngling unter 18 Jahren, wenn er etwas von seinem Vermögen veräußern will und seine Erben die dazu erforderliche Einwilligung nicht ertheilen wollen, sich an den Stadtrath wenden und mit dessen Genehmigung die Veräußerung vornehmen[176]). Ein Schritt weiter hierin war es, daß bei Haltung eines Familienrathes über wichtigere Angelegenheiten des Mündels die Obrigkeit hinzugezogen werden mußte. Dies muß z. B. nach manchen Rechtsquellen dann geschehen, wenn der Mündel nicht hinreichendes Vermögen zur Bestreitung seines Unterhaltes besitzt und die Verwandten nun darüber berathen, was mit ihm vorzunehmen sei[177]); nach anderen hat der Richter mit Zuziehung der Verwandten des Mündels zu bestimmen, welche Vergütung dem Vormunde für seine Bemühungen bewilligt werden soll[178]). Infolge des natürlichen Uebergewichtes, welches die Obrigkeit bei solchen Gelegenheiten über die Familie hatte, mußte die Theilnahme dieser daran bald als ganz unnöthig erscheinen, und so gingen denn die früher von der Familie in Beziehung auf die Vormundschaft über ihre unmündigen Mitglieder ausgeübten Rechte später fast sämmtlich auf die Obrigkeit über. So sahen z. B. nach den Grundsätzen des älteren Rechtes bei vorhabender Wiederverehelichung von Seiten des überlebenden Ehegatten die nächsten Verwandten seiner Kinder darauf, daß er sich gehörig mit denselben abtheilte und nur wenn jene sich darüber nicht vereinigen können oder in Ermangelung von Verwandten gehörte die Sache vor die Obrigkeit[179]). Nach neueren Statuten gehört die Abtheilung immer vor den Rath[180]). Hierher

176) Instit. Lubec. (bei Westphalen III. 631.) Q. P. d. p.

177) Goslar. Stat. S. 19, Z. 15—20. Verm. Sachsensp. I, 43, 6.

178) Magdeb. Fragen I, 8, 8.

179) Lüb. Recht v. 1240 Art. 113 (Westphalen III. 652.). Lüneb. Stat. bei Dreyer, Nebenstunden Art. 8. Braunschw. Stat. bei Leibnitz III. 442. 5. Constit. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv Bd. 1, H. 3, S. 38.

180) Hildesheim. Stat. 51 (Pufendorf, Obs. App. IV. 292.).

gehört auch die Verpflichtung zur Rechnungsablegung. Nach den ältesten Rechtsquellen, welche davon sprechen, sind nämlich nur die nächsten Erben des Mündels berechtigt, von dem Vormunde Rechnungsablegung zu verlangen[181]). Später wurde dies ein Recht der nächsten Verwandten des Mündels überhaupt[182]). Eine Mitwirkung der Obrigkeit bei der Rechnungsablegung fand anfangs nur statt, wenn diese damit nicht zufrieden waren und wegen Verdachtes gegen den Vormund die Sache an die Obrigkeit brachten[183]). Aber schon im 14. Jahrhundert finden sich Statuten, nach welchen der Vormund immer dem Stadtrathe, jedoch in Gegenwart der nächsten Verwandten des Mündels, die Rechnung abzulegen hat[184]). Zuletzt verpflichteten die Reichspolizeiordnungen im 16. Jahrhundert jeden Vormund zur Rechnungsablegung vor der Obrigkeit, ohne der Mitwirkung der Verwandten dabei nur zu gedenken[185]). Dasselbe war mit der Verpflichtung des Vormundes der Fall, wegen des unter ihm stehenden Vermögens Sicherheit zu leisten. Auch diese legen ihm die älteren Rechtsquellen nur gegen die nächsten Erben des Mündels auf[186]); etwas spätere berechtigen die nächsten Verwandten überhaupt, Sicherheitsleistung vom Vormunde zu verlangen[187]); Statuten des 14. Jahrhunderts legen aber schon der Obrigkeit die Befugniß bei, darauf zu sehen, daß der Vormund dem Mündel und dessen rechten Erben Sicherheit leiste[188]) und die Reichspolizeiordnungen endlich sprechen auch hier nur von der Obrigkeit, ohne einer Verpflichtung gegen die Verwandten dabei zu gedenken[189]). Dieses Eintreten der Obrigkeit in die Rechte der Familie fand übrigens nicht in ganz Teutschland gleichförmig auf einmal statt; in einigen Gegenden stand der Obrigkeit schon längst die Ausübung jener Rechte zu, während sie in anderen noch die Familie ausübte[190]). Noch mehr verlor die Vormundschaft den Charakter einer Familienangelegenheit seit Aufkommen des Grundsatzes, daß jeder Vormund von dem Richter gesetzt werden müsse; ein Grundsatz, welcher schon in einzelnen Rechtsquellen des 13.

181) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23.

182) Schwabensp. 324, 8. Erfurt. Stat. v. 1306 §. 9 (Walch Bd. 1, S. 99.) Hamburg Stat. v. 1292 O. 2, v. 1497 O. 2. Braunschw. Stat. bei Leibnitz III. 439. 47.

183) Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176 (Walch Bd. 1, S. 58).

184) Constit. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv Bd. 1, H. 3, S. 38 flg.

185) RPO. v. 1548 Tit. 31, §. 3, v. 1577 Tit. 32, §. 3.

186) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23. Sächs. Distinct. bei Pölmann I, 14, 4. (Magdeb. Fragen I, 8, 8.)

187) Freib. Stat. etwa v. 1294 bei Schott, Samml. z. d. teutschen Stadt- u. Landr. I, 4 bei Walch III, 165, 5. Verm. Sachsensp. I, 42, 4. Lüneb. Stat. bei Dreyer a. a. O. §. 25.

188) Constit. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv Bd. 1, H. 3, S. 38.

189) RPO. v. 1548 Tit. 31, §. 3, v. 1577 Tit. 32, §. 3.

190) Vgl. Goslar. Stat. S. 18, Z. 26—29 und verm. Sachsensp. I, 43, 2.

Jahrhunderts ausgesprochen wird[191]). Der Richter durfte aber anfangs ohne Grund nicht diejenigen übergehen, welche nach dem früheren Rechte ohne weiteres die Vormundschaft gehabt haben würden, so daß die durch jenen Grundsatz herbeigeführte Veränderung nur die war, daß sie die Vormundschaft erst aus den Händen des Richters empfangen oder, nach unserer jetzigen Ausdrucksweise, von diesem bestätigt werden mußten[192]). Die Bestätigung sollte verhüten, daß kein Untüchtiger, dessen Absetzung doch später wieder nöthig gewesen wäre, Vormund werde. Sie ist daher auf natürliche Weise aus dem Rechte der Obrigkeit, einen untauglichen Vormund abzusetzen, entstanden. Zur Erreichung jenes Zweckes mußte der Bestätigung eine causae cognitio von Seiten der Obrigkeit vorangehen und ergab diese Prüfung die Untauglichkeit des sonst zur Vormundschaft Berechtigten, so konnte die Obrigkeit statt seiner einem Anderen die Vormundschaft übertragen[193]). Hieraus entstand in einigen Gegenden das Recht des Richters zur Auswahl desjenigen aus den nächsten Verwandten zum Vormunde, zu welchem er das größte Vertrauen hatte. Indessen war vor dem 16. Jahrhundert der Grundsatz, daß die Vormundschaft aus den Händen des Richters empfangen werden müsse, noch nicht in ganz Teutschland gesetzliches Erforderniß, sondern wurde es erst durch die Vorschrift der Reichspolizeiordnungen: „daß ein jeglicher Vormünder — sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen"[194]). Seitdem hat die Abhängigkeit der Vormünder von der Obrigkeit immer mehr zugenommen und die Vormundschaft ist in gleichem Verhältnisse der Einwirkung der Familie entzogen worden, so daß sie jetzt keine Familiensache, sondern eine Staatsanstalt ist, bei welcher der Staat die Familie noch soweit benutzt, als er es zur Erreichung seiner Zwecke für ersprießlich hält. Der Vormund, wenn er auch gewöhnlich noch ein Mitglied der Familie des Mündels ist, kann daher gar nicht mehr als Stellvertreter der Familie gelten, sondern er vertritt den Staat und ist lediglich von diesem abhängig. Diese Abhängigkeit hat sich in neuerer Zeit dadurch sehr vergrößert, daß die ganze Geschäftsführung des Vormundes der genauesten Aufsicht der Obrigkeit unterliegt. Da nun zugleich kein Unterthan eine von der Obrigkeit ihm angetragene Vormundschaft ohne besondere und erhebliche Gründe ablehnen darf, so ist die Vormundschaft eine der drückendsten staatsbürgerlichen Pflichten geworden. Dabei ist diese große Fürsorge des Staates für die Unmündigen nicht nur ein äußerst lästiges Hemmniß des Verkehrs, sondern es ist auch zu bezweifeln, ob den Unmündigen dadurch genützt werde. Keinesfalls steht der bedeutende Aufwand von Kräften, welchen der

---

191) Berner Handfeste v. 1218 Art. 50.
192) Saarbrück. Landr. v. 1321 Cap. 6, §. 1.
193) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 99).
194) RPO. v. 1548 Tit. 31, §. 2, v. 1577 Tit. 32, §. 2.

Staat für das Pupillenwesen macht, mit den daraus erwachsenden Vortheilen im Verhältnisse. Gewiß wäre ein Verlassen der seither verfolgten Bahn von Seiten der Gesetzgebung und die Gestattung eines größeren Einflusses der Familie auf die Vormundschaft wünschenswerth. — Die Functionen der Obervormundschaft im allgemeinen nach römischem Rechte sind vorher sub I. angegeben worden; es tritt zu diesen im heutigen Rechte noch hinzu die nach den Reichsgesetzen erforderliche Bestätigung der Vormünder und die Abnahme der Rechnung des Vormundes, welche alljährlich geschehen muß. — Ueber die Verantwortlichkeit der obervormundschaftlichen Behörden wird im besonderen Theile gehandelt werden.

Siebenter Abschnitt. Uebersicht der mit der Vormundschaft in Teutschland später vorgegangenen Veränderungen.

Wenngleich ursprünglich die Fähigkeit zum selbstständigen Auftreten vor den Volks- oder Landgerichten von der Fähigkeit zur Waffenführung abgehangen hatte, so mußte sich dies doch von der Zeit an ändern, wo sich ein mehr geordneter Rechtszustand gebildet hatte, und jeder Freie, gleichviel, ob er die Waffen führte oder nicht, vor jenen Gerichten Gehör fand. Hieraus erklärt sich mit Kraut, daß auch, als der Adel und der Ritterstand nur noch allein das Fehderecht hatten, doch, soweit sich in den erhaltenen Rechtsquellen nachkommen läßt, die übrigen Freien keines Vormundes bedurften. Ebensowenig läßt sich umgekehrt beweisen, daß bis zur Einführung des römischen Rechtes eine durchgreifende Veränderung mit den Grundsätzen des älteren teutschen Rechtes über das Bedürfniß, einen Vormund zu haben, vorgegangen wäre. Vielmehr war die Ansicht, daß gewisse Personen einen Vormund nöthig hatten, andere aber nicht, schon damals so mit der ganzen Gerichtsverfassung verschmolzen, daß man sie später auch nicht aufgab, als der ursprüngliche Grund derselben längst weggefallen war. Hier und da hat dies allerdings aber wohl dazu beigetragen, Personen, welche nach dem früheren Rechte einen Vormund nöthig hatten, auch ohne diesen vor Gericht zuzulassen. Wesentlich verändert wurden hingegen die älteren teutschen Rechtsgrundsätze seit der Auflösung der älteren teutschen Gerichtsverfassung infolge der Einführung der fremden Rechte, womit auch die eigenthümlich teutschen Grundsätze über Vertretung vor Gericht wegfielen. Während nämlich früher die Vertretung des Mündels vor Gericht das eigentliche Wesen der Vormundschaft gebildet hatte und oft das einzige Geschäft des Vormundes gewesen war, betrachtete man jetzt die Verwaltung der Angelegenheiten des Mündels als den Hauptberuf des Vormundes und die Vertretung vor Gericht nur als eine Wirkung davon. Hiervon war eine nothwendige Folge, daß bei denjenigen, ehemals als unmündig betrachteten Personen, welchen Verstand genug zugetraut wurde, um ihre Angelegenheiten selbst ver-

walten zu können, die Vormundschaft sich entweder ganz verlieren oder doch, wenn sie noch beibehalten wurde, sich von der gewöhnlichen Vormundschaft wesentlich unterscheiden mußte. Dies gilt namentlich von der Geschlechtsvormundschaft, welche daher auch die gelehrten Juristen bald aus dem Gebiete des gemeinen Rechtes verdrängten und in das Particularrecht verwiesen. Aus demselben Grunde mußte der Grundsatz, daß die einzelnen Geistlichen eines Vormundes bedürften, nach dem Eindringen der fremden Rechte bald verschwinden[195]. Was aber die Vormundschaft über Kirchen und kirchliche Anstalten anlangt, so hatte sie in späteren Zeiten da, wo sie sich überhaupt noch erhalten hatte, theils wegen der mannigfachen anderen damit verbundenen Rechte, theils weil der Inhaber derselben in der Regel schon aus anderen Gründen eine öffentliche Gewalt besaß, sich so abweichend von der übrigen Vormundschaft gestaltet, daß die gelehrten Juristen sie gar nicht mehr als eine Art der Vormundschaft betrachteten, sondern sie unter der Benennung Vogtei (advocatia) als ein von dieser ganz verschiedenes Institut behandelten. Dasselbe gilt von der Standesvormundschaft über die Nachkommen von Freigelassenen aus älterer Zeit und über solche Personen, welche sich freiwillig unter dieselbe gestellt hatten, soweit sie überhaupt noch bestand. — Den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen väterlichen Gewalt und der teutschen Vormundschaft eines Vaters über seine Kinder scheint man anfangs gar nicht beachtet, sondern die Wirkungen der letzteren, welche man nicht verdrängen konnte, als unbedeutende Modificationen des römischen Institutes, welche die teutsche Sitte verlange, betrachtet zu haben. Die Ansicht endlich, daß derjenige, welcher die compositio für einen Getödteten und Verwundeten einklage, als dessen Vormund anzusehen sei, hing so eng mit dem Rechte der Compositionen überhaupt und den älteren Grundsätzen über Vertretung vor Gericht zusammen, daß sie, wenn sie sich überhaupt bis zur Einführung der fremden Rechte erhalten haben sollte, doch von dieser Zeit an spurlos verschwinden mußte. — Es kann daher heutzutage die Frage, welche Personen eines Vormundes bedürfen, gemeinrechtlich nur aus dem römischen Rechte beantwortet werden. — Von dem Grundsatze, daß Rechtlose und Ehrlose keinen Vormund haben können, kommt nach Einführung des römischen Rechtes keine Spur mehr vor. Dies erklärt sich wohl besonders daraus, daß dieser Grundsatz so eng mit den älteren

195) Dies ergiebt sich besonders, worauf Kraut Bd. 1, S. 100 flg. aufmerksam gemacht hat, aus der Vergleichung der verschiedenen Revisionen der Hamburg. Statuten in den folgenden Artikeln. In den Handschriften von 1270 und 1276 lautet er nämlich so: (V. 3.) „Noch pape noch vrowen noch mannes hovet benedden 18 jaren ne mach sake vorderen vor rechte, noch antworden, noch gut uplaten, noch vorgeven ane vormunt.“ In dieser Fassung findet er sich auch noch in den Statuten von 1292 (D. III.), jedoch sind darin schon die Worte „pape noch“, aber wohl erst von einer späteren Hand, wegradirt; in den Statuten von 1497 (D. III.) und von 1603 (I, 9, 1) hingegen sind sie gleich von Anfang an weggelassen.

teutschen Ansichten von Familienschutz und Freiheit zusammenhing, daß er, nach dem Verschwinden dieser, sich auch nicht länger gegen das ihm widerstrebende fremde Recht halten konnte. — Was die Fähigkeit zur Führung der Vormundschaft betrifft, so finden sich schon vor Einführung des römischen Rechtes in einzelnen Statuten Milderungen der älteren strengen Grundsätze. Eine solche ist es, daß ein Ehrloser zur Vormundschaft über seine Frau, seine Kinder und seine Schwester zugelassen wurde und man nur, wenn er eine Vormundschaft über andere Personen führen wollte, das ältere Recht beibehielt[196]). Auch gehört dahin die Zulassung von Ausländern unter gewissen Bedingungen[197]). Diese veränderten Ansichten trugen gewiß viel dazu bei, daß das römische Recht auch in Beziehung auf die Fähigkeit zur Führung der Vormundschaft leicht Eingang finden konnte. Dies war um so eher möglich, als das teutsche Recht hier keinen dem römischen Rechte widerstrebenden Grundsatz hatte, und soweit die Fähigkeit zur Vormundschaft durch die rechtliche Möglichkeit, selbst ohne Vormund zu sein, bedingt ist, sie von der Zeit an, wo diese nach dem römischen Rechte beurtheilt wurde, sich schon von selbst ebenfalls nach diesem richten mußte. Nur hinsichtlich der Juden blieb die Praxis allgemein dem Grundsatze des älteren Rechtes, daß sie keine Vormundschaft über Christen führen konnten, treu. Im übrigen ist aber jene Frage heutzutage gemeinrechtlich nach dem römischen Rechte zu beantworten. In den Particularrechten haben sich jedoch noch mehrere mit den Grundsätzen des älteren teutschen Rechtes zusammenhängende Abweichungen vom römischen Rechte erhalten. Hierher gehört namentlich, daß nach manchen Gesetzen nur Personen von unverletzter bürgerlicher Ehre Vormünder sein können[198]) und daß häufig Ausländer zur Vormundschaft nicht zugelassen werden[199]). Auch der Grundsatz, daß der Vormund dem Mündel ebenbürtig sein müsse, hat sich noch bei dem hohen Adel erhalten. Bei den anderen Ständen hingegen mußte dieser Grundsatz, weil sie dem römischen Rechte unterworfen sind und dieses ihn nicht kennt, mit der Einführung desselben verschwinden. Ohnehin hing er mit der älteren teutschen Gerichtsverfassung so genau zusammen, daß er nach deren Auflösung keine Bedeutung mehr hatte. — Bildet nun gleich im übrigen das römische Recht heutzutage in der Lehre von der Vormundschaft die gemeinrechtliche Grundlage, so ist es doch durch teutsche Rechtsansichten, namentlich durch die eigenthümliche Ausbildung der Obervormundschaft in Teutschland vielfältig modificirt. Ferner finden sich in den Particularrechten noch viele Ueberbleibsel des älteren teutschen Rechtes; es haben sich darin selbst dem

196) Verm. Sachsensp. I, 43, 10.

197) Goslar. Stat. S. 16, Z. 30—35. Diese Stelle gehört der neuen Redaction an.

198) Würtemberg. Landesordnung (Stuttgart 1621) S. 74.

199) Kgl. sächs. Vorm. Ordn. Cap. 8, §. 1, Nr. 4. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 156.

neuesten römischen Rechte ganz unbekannte Institute, wie die Geschlechtsvormundschaft und die Lehnsvormundschaft, erhalten und endlich hat bei dem hohen Adel die Vormundschaft noch jetzt eine eigenthümliche, unmittelbar mit dem älteren teutschen Rechte zusammenhängende Gestalt. Daher ist eine Entwickelung der Lehre des älteren teutschen Rechtes von der Vormundschaft auch für die heutige Rechtsanwendung sehr nützlich, namentlich wenn dabei auch immer das jetzt geltende Recht berücksichtigt wird.

Besonderer Theil.

Erster Abschnitt. Arten der Vormundschaft.

Erste Abtheilung. Römisches Recht.

A. Tutela[200]). 1) Begriff und Geschichte. Schon im attischen und im griechischen Rechte überhaupt finden sich zwei Hauptarten von Vormundschaften und Vormündern: der *κύριος* und der *ἐπίτροπος*, dessen Amt *ἐπιτροπή* oder *ἐπιτροπία* heißt, während das Amt des *κύριος* keinen besonderen Namen hat. *Κύριος* ist im attischen Rechte der Vormund einer mündigen Frau, dessen Function nicht in der Vermögensverwaltung, welche ihr selbst zustand, bestand, sondern in der Bekräftigung aller derjenigen Rechtsgeschäfte durch seinen Beitritt und sein Vollwort, welche die Frau allein, wegen der Unfähigkeit des weiblichen Geschlechtes zur Theilnahme an öffentlichen und rechtlichen Handlungen, nicht rechtsbeständig abschließen konnte, wohin z. B. gerichtliche Handlungen, Contracte über den Werth eines Medimnus hinaus u. dgl. mehr gehörten[201]). *Ἐπίτροπος* hingegen heißt im allgemeinen Sinne jeder Geschäftsführer oder negotiorum gestor überhaupt; im engeren

---

200) 1) Quellen: Ulp. Fragm. Tit. XI. Gai. Epit. Inst. I. 7. Lex Romana Burgund. Tit. XXXVI. (XXXV.) Inst. Lib. I. Tit. 13. Dig. Lib. XXVI. Tit. I. 2) Literatur: Seger, hist. iur. Rom. liberae reipublicae de tutelis et curationibus. Lips. 1760. (in Opusc. Vol. I. p. 61 sq.). Brandenburg, Comm. exponens differentias iuris Romani inter pupillos et minores, tutores et curatores. Hannover. 1793. Meyer, von dem Unterschiede zwischen Tutel und Curatel. Frankf. 1803. Löhr, über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel (in Löhr und Grolman, neuem Magazin f. RW. u. Gesetzgeb. Bd. I, S. 1—71). Schweppe, über den Grundbegriff der Tutel und Curatel (Jurist. Magazin Bd. 1 (Altona 1818) S. 97—117). Löhr, Vertheidigung seiner früheren Ansichten gegen die Einwürfe des Herrn Prof. Schweppe (Magaz. Bd. I, S. 454—477). Schroeter, Diss. de nexu tutelae et iuris succedendi in bona defunctorum. Spec. I. continens partem generalem. Ien. 1820. Minguot, Comm. ad quaest. a facult. iurid. Groning. propositam: Exponatur historia iuris Romani de tutelis, ita ut pateat, quaenam in iis, singulis temporibus iuris mutationes acciderint, quaeque earum mutationum causae fuerint atque effectus. Groning. 1826. Zöpfl, Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. Bamb. u. Aschaffenb. 1826. Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. 1, §. 4—6, 8. Vgl. auch den Artikel Cura Bd. III, S. 133—136.

201) Vgl. Merill. Observ. V. c. 1. Meier und Schömann, attischer Proceß S. 455 flg.

Sinne der Vormund eines Unmündigen oder sonst zur eigenen Verwaltung seiner Angelegenheiten Unfähigen. Sein Amt bestand zunächst in der Vermögensverwaltung; dann aber gab er bei Unmündigen, wenn sie selbst handelten, auch sein Vollwort und war daher *κύριος* und *ἐπίτροπος* in Einer Person[202]). — Ein ganz ähnlicher Unterschied findet sich auch im römischen Rechte. Dasselbe unterscheidet zwei Institute als Unterarten der Vormundschaft, deren Gegensatz im älteren Rechte so scharf ist, daß der gemeinschaftliche Gattungsbegriff in demselben fast gar nicht vorkommt. Das eine ist die tutela, das Amt des tutor oder auctor, das andere die cura, curatio, auch custodela oder curatoria, das Amt und Verhältniß des curator. Das Wort tutela wird zwar bei römischen Schriftstellern bisweilen da gebraucht, wo juristisch ein curator gemeint ist[203]). Allein jene Schriftsteller sind größtentheils Nichtjuristen und bedienen sich des Wortes in dem allgemeinen Sinne, in welchem es jeden Schutz von Personen und Sachen bezeichnet[204]). Von dem juristischen Begriffe der Tutel giebt es folgende berühmte von Paulus mitgetheilte Definition von Servius Sulpicius[205]): Tutela est, ut Servius definivit, vis[206]) ac potestas in capite libro ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent: exque re ipsa nomen ceperant: itaque appellantur tutores, quasi tuitores ac defensores: sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur. Diese von einem so berühmten Juristen herrührende und schon deshalb die sorgfältigste Beachtung verdienende Definition hat solche auch im vollsten Maße gefunden, indem außer den exegetischen Schriftstellern fast alle Werke über die Tutel und sogar mehrere Monographien[207]) sich ausführlich mit ihr beschäftigen. Was zunächst die vis ac potestas betrifft, welche dem Tutor beigelegt wird, so glauben Manche, auch

---

202) Meier und Schömann a. a. O. S. 450, N. 10, 11.

203) Z. B. cura furiosi: Aurel. Vict. de vir. ill. c. 74.; cura prodigi: Horat. Sat. Lib. II. Sat. 3. V. 218.

204) Stellen für diese allgemeine Bedeutung führt an Rudorff Bd. 1, S. 23, N. 7.

205) L. 1. pr. §. 1. D. 26. 1. Dieselbe Stelle ist im §. 1. 2. Inst. I. 13. fast wörtlich wiederholt.

206) Manche, wie Hugo, civil. Magazin Bd. IV, S. 8 und Schroeter l. c. p. 13. wollen ius et potestas, weil einige Handschriften dies haben, weil Theophilus und Hermenopulus so gelesen haben müssen, indem jener *δίκαιόν τε καὶ ἐξουσία* übersetzt und weil die Formel ius ac potestas öfter vorkommt. Die Richtigkeit der gewöhnlichen Lesart wird schon dadurch verbürgt, daß gleich im Verlaufe der Stelle selbst die Worte: qui eam vim et potestatem habent, nochmals vorkommen, worauf unter Anderen Glück, Erl. der Pand. Bd. 27, S. 472—475 hingewiesen hat. Andere Gründe dafür siehe bei Rudorff Bd. 1, S. 24, N. 10.

207) Gebauer, Progr. de Servii Sulpicii definitione tutelae. Gott. 1738. (in Exercit. acad Vol. II. ex 26.) Wagner, de genuino definitionis tutelae intellectu liber singularis. Lips. 1742.

noch neuere Ausleger, daß damit ein der väterlichen Gewalt oder manus analoges Verhältniß, eine Art Fortsetzung derselben bis zur Mündigkeit, bei Frauen bis zum Tode, oder ein Surrogat derselben gemeint sei[208]). Obgleich manche einzelne Aeußerungen[209]) dieser Ansicht nicht ganz ungünstig sind, so kann doch, wie Rudorff bemerkt, in einem Rechte, in welchem die potestas über einen homo alieni iuris von der über ein caput liberum so gründlich verschieden ist wie im römischen, die germanische Rechtsidee eines fortgesetzten Mundium nur ganz im allgemeinen genommen eine gewisse Wahrheit haben. Viel näher liegt die Analogie einer obrigkeitlichen potestas, welche ja immer über libera capita stattfindet, umsomehr als auch den Curatoren potestas in furioso et pecunia eius beigelegt wird, bei welchen, da der Wahnsinnige volljährig ist, von einer Fortsetzung der väterlichen Gewalt nicht mehr die Rede sein kann. Der Gegenstand dieser potestas ist, wie Servius sagt, ein caput liberum. Daß dieser Ausdruck nicht das Subject der potestas, den Tutor, bezeichnen könne, ist von Anderen überzeugend dargethan[210]). Die Erklärung von Schröter[211]), welcher unter diesen Worten ebenfalls das Subject der potestas, aber nicht den Tutor, sondern den Pupillen verstanden wissen will, ist von Glück ausführlich geprüft und widerlegt worden[212]). Servius braucht, wie Rudorff bemerkt hat, diesen allgemeinen Ausdruck statt der Worte potestas in pupillo aus zwei Gründen; erstens um dadurch anzuzeigen, daß der Pflegebefohlene ein homo sui iuris sein müsse; zweitens, um auch die andere Hauptart der Tutel, nämlich die Geschlechtstutel, welche durch den Ausdruck pupillus oder pupilla ebenfalls ausgeschlossen worden wäre, in die Definition aufzunehmen. Aus denselben Gründen und in demselben Sinne bedienen sich auch Gellius und Ulpian lieber des Ausdruckes liberum caput[213]). — Hierauf kommt nun in den Worten: ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit der eigentliche Inhalt der Tutel. Die Tutel besteht nämlich nach Servius in der Beschützung eines Wehrlosen überhaupt. Unter dem qui propter aetatem sponte se defendere nequit versteht Servius offenbar denjenigen, welcher seines Alters wegen noch unwehrhaft oder unmündig ist[214]). Dadurch unterscheidet er den Pupillen von dem minor XXV annis und die Tutel von der cura minorum. Außer dem Alter giebt es aber noch einen zweiten Grund der Wehrlosigkeit, das Geschlecht. Das weibliche Geschlecht ist zeitlebens wehrlos und

208) Glück a. a. O. Bd. 28, S. 474.

209) Fragm. Vat. §. 304.: tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt.

210) So von Gebauer und Wagner in den in der Note 207 angeführten Schriften und von Huber, Digress. Inst. Lib. III. c. 2. §. 2.

211) Schroeter, de nexu tutelae et iur. succ. p. 22.

212) Glück Bd. 29, S. 24 flg.

213) Gell. Noct. Att. Lib. V. c. 19. Ulp. Fragm. Tit. XI. §. 5.

214) Daß defendere hier nicht in dem gewöhnlichen processualischem Sinne für iudicium suscipere, iudicio vel sponsione se defendere genommen werden dürfe, zeigt Rudorff Bd. 1, S. 21 flg.

bedarf daher so gut der Tutel eines Mannes, wie das männliche während der Unmündigkeit, wo es jenem gleichstand. Daß Servius in seiner Definition dieser zweiten Art der Tutel nicht gedenkt, ist nicht daraus zu erklären, daß die Geschlechtstutel zu seiner Zeit nur noch ein bloßer Schein gewesen sei, indem ja die strengste Art dieser Tutel, die agnatische, sogar bis zu Claudius fortdauerte; noch ist anzunehmen, daß Servius nur die Eine Art der Tutel, die pupillaris, habe definiren wollen[215]. Vielmehr ist, da Servius den Ausdruck caput liberum absichtlich deshalb gewählt hat, um auch die andere Art der Tutel in seine Definition aufzunehmen, die Beziehung dieser Definition auf die Geschlechtstutel in der Justinianeischen Compilation, in welcher diese Tutel überhaupt nicht mehr vorkommt, verwischt worden[216], und wahrscheinlich hat, wie Heineccius vermuthet, Servius geschrieben: ad tuendam eum eamve, qui quaeve per aetatem vel sexus infirmitatem se defendere nequit. Am Schlusse der Definition nennt der Jurist die Tutel eine potestas iure civili data et permissa. Man hat unter dem ius civile ein bestimmtes Organ des zu Servius Zeit entwickelten ius civile, z. B. die 12 Tafeln, oder die Interpretation verstehen wollen[217], und ebenso hat man den Unterschied der potestas data et permissa auf verschiedene Delationsgründe der Tutel bezogen[218]. Das erste ist unbedingt zu verwerfen, da nicht blos die 12 Tafeln oder deren Interpretation, sondern mehrere andere Volksschlüsse hier in Betracht kommen. Für das letztere möchten sich eher Gründe anführen lassen[219]. Die Servianische Definition ist in der Hauptsache unbefriedigend und mangelhaft. Sie lehrt zwar, daß die Tutel ein Schutz über Wehrlose, d. h. über Unmündige und Frauenspersonen sei; allein das eigentliche Wesen dieses Schutzes, das Unterscheidende desselben von der cura erläutert er nicht näher, obgleich gerade in dieser Beschaffenheit des Schutzes selbst das Unterscheidende desselben von der Cura liegen muß. Jene eigenthümliche Beschaffenheit der Tutel im Gegensatze der Cura besteht nun aber in folgendem Hauptunterschiede. Die Tutel, als ein rechtliches Schutzverhältniß über wehrlose und nur über wehrlose Personen, kann natürlich blos ein Schutz derselben gegen die ihnen nachtheiligen rechtlichen Folgen der Wehrlosigkeit oder Unmündigkeit sein.

---

215) Dies thun Otto, Comm. ad Inst. ad §. 1. I. de tutel. Smallenberg ad Schulting, Not. ad Dig. T. IV. ad L. 1. D. 26. 1.

216) Seger, hist. iur. Rom. de tutelis §. 3. Heineccius, Not. ad Vinn. Comm. ad Inst. §. 1. I. de tutel.

217) Minguot, Comm. ad quaest. a nobil. facult. iur. Groning. propositam: Exponatur historia iuris Romani de tutelis, ita ut pateat, quaenam in iis, singulis temporibus iuris mutationes acciderint, quaeque earum mutationum causae fuerint atque effectus. (Groning. 1826.) p. 30.

218) Theophil. ad §. 1. Inst. I. 13. Glück Bd. 29, S. 19—24. Auch Huschke, in der Tübing. Zeitschrift Bd. V, S. 287 bezieht permissa auf legitima tutela.

219) Auch dies leugnet Rudorff Bd. 1, S. 30.

Aber auch gegen die rechtlichen Folgen der Wehrlosigkeit soll der Tutor den Pflegebefohlenen nur so weit schützen, als sie diesem privatrechtliche Nachtheile bringen würden. Wo die Wehrlosigkeit die Privatinteressen des Pflegebefohlenen benachtheiligen würde, da tritt der Schutz des Tutors gegen diese Folgen ein. Nun entzieht aber die Wehrlosigkeit den unmündigen und wehrlosen Personen das Recht und die gehörige Auctorität, alle diejenigen Rechtsgeschäfte auch in eigenen Angelegenheiten vorzunehmen, welche an politische Formen gebunden sind. Da sie z. B. keine comitiorum communio haben, so fehlt ihnen auch das Recht, in comitiis calatis, in procinctu oder auch nur vor den fünf Zeugen des späteren Rechtes zu testiren, das Recht zu mancipiren, sich nexu zu obligiren u. s. w.; da sie vor Gericht zu handeln unfähig sind, so können sie auch nicht das Recht haben, zu manumittiren, in iure zu cediren u. s. w. Sie entbehren also die Handlungsfähigkeit in diesen und mehreren anderen Beziehungen, welche aus Rücksicht auf die eigenen Interessen der Tutoren noch hinzugekommen sind, gänzlich, nicht blos der Ausübung nach, wie etwa der kranke, abwesende, minderjährige, aber mündige Mann, sondern selbst dem Rechte nach, da sie aller der politischen Parteirechte, des ius census, susfragii, der legitima persona standi in iudicio u. s. w. ermangeln, deren Besitz als der letzte Grund aller, auch der privatrechtlichen Handlungsfähigkeit zu betrachten ist. Damit nun diese natürlichen und nothwendigen Nachtheile der Wehrlosigkeit und politischen Rechtlosigkeit den Unmündigen und Frauen nicht entgegenstehen, sobald ihr Privatinteresse die Abschließung eines dieser Rechtsgeschäfte verlangt, ordnet ihnen das Recht Vormünder zu, unter deren Schutz ihnen der Zugang zu allen diesen rechtlichen Handlungen möglich wird. Die Hilfe, welche der Vormund dem Pflegebefohlenen zur Abschließung eines solchen Rechtsgeschäftes angedeihen lassen kann, ist entweder durch Vertretung oder bloßen Beistand möglich. Im ersten Falle würde der Vormund allein das Geschäft in seinem Namen abschließen, die Folgen und Wirkungen desselben würden aber auf den Mündel bezogen werden müssen. Im letzteren Falle würde hingegen der Mündel selbst handeln, der Vormund hingegen blos seinen Beistand und sein Vollwort leisten. Im römischen Rechte war zu der Zeit, als sich die Tutel entwickelte, die Möglichkeit einer Repräsentation durch freie Stellvertreter bei gerichtlichen Handlungen und obligatorischen Verhältnissen noch ganz unbekannt. Eine Vertretung des Mündels durch den Vormund war also damals unmöglich und es blieb mithin nur übrig, daß der Pupill oder die Frau die legis actio, die Mancipation oder die Obligation selbst vollzog und der Tutor die dieser Handlung noch abgehende rechtliche Kraft durch die Kraft seiner Einwilligung ergänzte. Auf diese Weise geschah es, daß man eben diese auctoritas tutoris, d. h. dieses Vollwort zu den Handlungen des Mündels als das eigentliche Wesen der Tutel und als das Unterscheidende derselben von der Cura betrachtete. Tutor ist also derjenige Vormund,

welcher die Geschäfte einer wehrlosen Person durch Ertheilung seiner auctoritas zu denselben bekräftigt; Tutel ist diejenige Vormundschaft, welche in der Ertheilung des Vollwortes zu den nicht vollgiltigen Rechtsgeschäften einer wehrlosen Person besteht. Jeder andere Vormund aber, welcher nicht das Recht hat, Auctor zu werden, sei er einer wehrlosen oder wehrhaften Person gegeben, ist kein Tutor, sondern ein bloßer curator, administrator, actor, sein Amt eine bloße cura. Daher werden die Ausdrücke tutor und auctor, tutela und auctoritas völlig synonym gebraucht[220]). Daher wird auch ein Vormund, welcher gar keine Verwaltungsbefugniß hat, sondern nur die auctoritas interponiren darf, immerhin tutor genannt, z. B. der Tutor der Frauenspersonen und der tutor honorarius. Ebenso kann nur derjenige zum Tutor bestellt werden, welcher im Stande ist, die auctoritas zu interponiren[221]), wovon nur bei der Geschlechtstutel ganz positive Ausnahmen zu Gunsten gewisser Arten von Vormündern zugelassen worden sind[222]). Gegen die allgemeinen Einwürfe, welche gegen diese Ansicht über das Eigenthümliche der Tutel im Gegensatze der Cura theils schon gemacht worden sind, theils gemacht werden könnten, ist Folgendes zu erwidern. Zunächst könnte gegen die Behauptung, das Eigenthümliche der Tutel liege in der Ertheilung der auctoritas, ein Zweifel deshalb aufgeworfen werden, weil wenigstens bei einer Art der Tutel, der Pupillentutel, der wichtigste, oft sogar der einzige Beruf des Tutors in der negotiorum gestio und der Verwaltung des Vermögens des Pfleglinges besteht, indem oft, z. B. wenn der Pupill wahnsinnig, abwesend, Kind ist[223]), die auctoritas gar nicht möglich, oft aber gar nicht nöthig ist, z. B. wenn zufällig während der ganzen Dauer der Unmündigkeit kein Geschäft vorkommt, welches der Pupill unter Vollwort des Tutors abschließen müßte[224]). Allein daß der Pupillentutor nicht blos Auctor, sondern zugleich Gestor und Administrator ist, erklärt sich aus der doppelten Unfähigkeit des Pupillen, dem Mangel an eigener auctoritas und der Unfähigkeit zur Selbstverwaltung seines Vermögens und aus der darauf beruhenden Nothwendigkeit einer doppelten Vormundschaft, einer Tutel und einer Cura, während bei einer mündigen Frau Eine, die Tutel, völlig genügt. Beide Vormundschaften können auch bei Pupillen getrennt sein, wie es bei minderjährigen Frauen immer der Fall war[225]); gewöhnlich aber sind sie in Einer Person vereinigt, wo dann der Tutor

220) Z. B. nullo auctore für sine tutore: Cic. pro Cluent. c. 5. pro Caecina c. 25. Liv. XXXIV. 2. 3.; daher auctoritatem accipere für tutelam accipere: L. 26. §. 2. D. 26. 2.; suae auctoritatis für suae tutelae. Spart. in Hadr. c. 18.

221) Gai. I. 190. 193. Ulp. Fragm. Tit. XI. §. 25. L. 49. D. 29. 2. L. 4. D. 26. 8. L. 14. §. 1. 2. D. 46. 3.

222) L. 1. §. 2. 3. D. 26. 1.

223) L. 2. pr. D. 26. 7.

224) L. 18. D. 26. 7.

225) Fragm. Vat. §. 103.

zugleich die Functionen eines Curators hat. In beiden Fällen werden jedoch die Functionen des Tutors von denen des Curators sehr bestimmt unterschieden und erstere wieder allein in die auctoritas gesetzt. Die zufällige Nichtausübung derselben in gewissen Fällen ist ganz unerheblich, da es nur auf das Recht des Vormundes, die auctoritas zu interponiren, nicht auf den zufälligen häufigeren oder selteneren Gebrauch dieses Rechtes ankommen kann[226]). Auf der anderen Seite ertheilt nun aber auch der Curator zu den Geschäften des Curanden häufig seine Einwilligung, z. B. der Curator eines Minderjährigen zu Arrogationen, Processen, Zahlungen u. s. w. Ja diese Einwilligung heißt nicht selten auctoritas[227]), so daß man das Recht zur Ertheilung der auctoritas für keine ausschließliche Befugniß des Tutors halten könnte. Allein diese Einwilligung des Curators ist keine wahre auctoritas im juristischen Sinne und wo dieser Ausdruck vorkommt, ist derselbe entweder uneigentlich gebraucht oder gedankenlos in Stellen beibehalten worden, welche ursprünglich von Tutoren redeten und erst in der Justinianeischen Compilation auf Curatoren bezogen worden sind; denn überall, wo die Sache genau genommen wird, heißt die Einwilligung des Curators consensus und nur die des Tutors auctoritas[228]). Auch ist dieser Consens nicht nur in seiner Form[229]), sondern auch seinem inneren Wesen nach, von der auctoritas ganz verschieden. Er ergänzt nämlich nicht, wie die auctoritas, einen der politischen Unselbstständigkeit wegen unkräftigen und unvollkommenen Willen[230]), sondern er ist ein bloßer Rath, welchen der Curator da ertheilt, wo nach dem positiven Rechte ein zwar rechtlich vollkommener, aber noch unerfahrener Mensch nicht unberathen handeln soll, oder er ist eine Erlaubniß, welche der Curator giebt, wo ihm, nicht dem Curanden allein, das Recht der Administration zusteht, die Handlung des Curanden also aus diesem Grunde ohne Zustimmung des rechten Administrators nicht giltig sein würde[231]). Das Recht zur Ertheilung einer eigentlichen auctoritas steht daher einem Curator, auch wenn sein Pflegling unmündig ist, niemals zu[232]). Mit dieser Grundverschiedenheit der Tutel und Cura hängt noch ein anderer wichtiger Gegensatz unmittelbar zusammen. Der Tutor nämlich, als Beschützer eines Wehrlosen, steht zu diesem in dem Verhältnisse einer eigenthümlichen Schutzpflicht und Treue (officium in diesem Sinne, fides)[233]),

226) Der Beweis ist enthalten in L. 19. D. 26. 8. L. 17. §. 1. D. 49. 1.

227) L. 8. D. 1. 7. L. 17. §. 1. D. 49. 1. L. 61. pr. D. 23. 2. L. 8. C. V. 4.

228) L. 2. C. III. 6. L. 1. §. 2. 3. D. 26. 7. L. 26. C. V. 37. Rubr. Dig. 26. 8. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

229) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 135 flg.

230) L. 189 D. 50. 17. L. 25. D. 40. 2. L. 9. D. 29. 2. L. 5. D. 50. 17. L. 32. §. 2. D. 41. 2.

231) L. 2. C. III. 6. L. 3. C. de in inst. rest. (II. 21. (22.))

232) L. 19. D. 26. 8. §. 5. Inst. I. 21. L. 17. §. 1. D. 49. 1.

233) Gell. Noct. Att. Lib. V. cap. 13. L. 28. §. 1. D. 26. 1.

welches so heilig ist, daß es in der alten Rangordnung der officia den heiligsten und nächsten Verhältnissen ähnlicher Art, namentlich der Schutzpflicht des Gastfreundes, des Clienten, der Cognaten und Affinen vorgeht, sowie auf der anderen Seite unter den Tuteln selbst wieder die Tutel über Frauen vor der über Pupillen den Rang hat, obwohl auch das Verhältniß des Pupillentutor in mancher Beziehung dem des leiblichen Vaters des Pupillen verglichen wird[234]). Die Cura, welche kein Schutzverhältniß, sondern eine gemeine Verwaltung ist, ist in diesem Sinne kein officium und alle praktischen Folgen dieses Satzes gelten bei ihr nicht[235]). Wichtige praktische Folgen dieser Ansicht sind: 1) jeder Dolus des Tutors gegen den Pupillen infamirt den ersteren, wenn er deshalb als suspectus postulirt oder tutelae condemnirt wird[236]); 2) jedes Verbrechen des Tutors auch noch gegen die gewesenen[237]) Pflegebefohlenen wird härter geahndet[238]). Namentlich soll das Stuprum an der ehemaligen Pflegebefohlenen mit Deportation und Confiscation des Vermögens, seit Leo Philosophus mit Verlust des Vermögens an die Pflegebefohlene selbst bestraft werden, weshalb der Tutor im Falle einer Verehelichung derselben sich erst von allem Verdachte zu reinigen hat[239]). 3) Wird Jemand von der Partei, gegen welche er bisher als Advocat den Proceß führte, zum Tutor derselben ernannt, so gilt es nicht als Prävarication, sondern als Erfüllung der Schutzpflicht, wenn er nunmehr in diesem Processe die Partei seines Mündels ergreift[240]). 4) Auch der Satz, daß der Tutor excepta persona legis Cinciae ist, also rücksichtlich seiner dem Pupillen zu machender Schenkungen an die Summe dieses Gesetzes nicht gebunden ist, wird auf seine persönliche Stellung zum Pfleglinge zurückgeführt[241]). 5) Endlich hängt das persönliche Verhältniß des Tutors zum Pfleglinge, welches dem der Cognaten völlig ähnlich ist, namentlich die ganze Stellung desselben im Familienrathe, ebenfalls mit diesem persönlichen Verhältnisse mehr oder weniger zusammen. — Unter den beiden Hauptarten der Vormundschaft ist die Tutel entschieden die alterthümlichere und veraltende (mit Ausnahme der gesetzlichen Cura, welche der Tutel wohl an Alter gleichstehen mag), während die Cura als die modernere sich nicht nur länger erhalten, sondern immer noch weiter entwickelt hat. Die Tutel beruht im römischen Rechte auf der Voraussetzung, daß derjenige, welcher keinen Kriegsdienst thut, auch die mit der Waffenfähigkeit mittelbar oder unmittelbar zu-

234) Gell. l. c.

235) Ueber diesen Charakter der Tutel giebt Gell. l. c. aus des Sabinus, de iure civili lib. III. Aufschluß.

236) Cic. pro Rosc. Com. c. 6.

237) Fragm. Vat. §. 218. 303. Klenze, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. VI, S. 112, 113.

238) L. 28. §. 8. D. 48. 19. Nov. Leonis 34.

239) Theod. C. IX. 8. Inst. C. IX. 10. Nov. Leonis 34.

240) Gell. l. c. L. 11. pr. D. 3. 1.

241) Fragm. Vat. §. 304. Rudorff, de lege Cincia (Berol. 1825.) p. 39.

sammenhängenden politischen Rechte verliert und deshalb auch zur Vornahme der privatrechtlichen Geschäfte unfähig ist, welche, wegen der Nothwendigkeit ihrer Vollziehung in politischen Formen, nur von Vollbürgern vorgenommen werden können. Später kam auf die Wehrhaftigkeit oder Wehrlosigkeit Jemandes nichts mehr an, sondern nur darauf, ob Jemand im Stande war, sein Vermögen zu verwalten und seine Geschäfte selbst zu besorgen (rebus suis superesse). Darum mußte die Vormundschaft über volljährige Frauenspersonen ganz wegfallen, was auch seit der Zeit der christlichen Kaiser der Fall gewesen ist. Dagegen mußte die Vormundschaft über Pupillen nicht nur fortdauern, sondern auch noch über die Pubertät hinaus erstreckt werden, weil der Eintritt der Wehrhaftigkeit nicht immer zugleich vollständige Geschäftskunde mit sich führt, und in der That ist diese Erweiterung seit der lex Plaetoria und vollständiger seit Marcus Aurelius eingetreten. Zur Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige aber genügte in der Regel eine bloße Cura, mit welcher man, wo es nicht etwa ausnahmsweise einer persönlichen Vollziehung des Geschäftes durch den Pupillen unter auctoritas tutoris bedurfte, seit der Ausbildung freierer Grundsätze über die Repräsentation vollkommen ausreichte. Dennoch wurde noch im Justinianeischen Rechte wegen solcher Geschäfte, wozu der Pupill auctoritas brauchte, ein Tutor bestellt und so ist denn noch im neuesten römischen Rechte der Unterschied zwischen Tutor und Curator praktisch.

2) Arten der Tutel. Die Eintheilung der Tutel in genera und species war bei den römischen Juristen ebenso streitig, wie die Frage nach der genera furtorum[242]). Schon Cicero wählt deshalb in der Topik die partitio tutelarum als Beispiel, um daran zu beweisen, daß eine Partition erschöpfend sein müsse[243]). Näheres über diesen Streit berichtet Gajus[244]). Nach dem Berichte dieses Juristen nahmen Labeo und Andere zwei genera tutelarum an, worunter entweder die pupillaris und muliebris[245]) oder aber die tutoris legibus und moribus introducti zu verstehen sind. Von Servius wurden drei genera angenommen, welche nach der Vermuthung von Rudorff vielleicht mit des Ulpian tutores legibus, SCtis, moribus constituti, vielleicht auch mit der späteren Eintheilung in testamentarische, gesetzliche und obrigkeitliche Tutel identisch sind. Boethius[246]) erwähnt,

---

242) Gai. Comm. III. §. 183.

243) Cic. Top. c. 8.

244) Gai. I. 188. Er verweist auf seine genauere Darstellung dieser Verhandlungen in seinem Commentar zum Edict und in den Büchern ex Q. Mucio, welche aber nicht erhalten sind. Schriftsteller, welche sich mit diesem Streite beschäftigt haben, führt an Rudorff §. 5, N. 4, Bd. 1, S. 50.

245) Diese erwähnt nämlich Sabinus lib. 3. iur. civ. bei Gell. N. A. Lib. V. c. 13.

246) Boeth. ad Cic. Top. c. 4.

wahrscheinlich aus einer alten Quelle, vier genera, die agnatische, patronatische, testamentarische und atilianische Tutel. Fünf genera tutelarum kommen bei Q. Mucius selbst vor, wahrscheinlich testamentaria, legitima, Atiliana, fiduciaria, optiva; denn diese beiden letzteren werden auch von Cicero als genera tutelarum genannt[247]). Andere endlich unterschieden gar nicht zwischen Hauptgattungen und Unterarten der Tutel, sondern coordinirten gleich die species und nahmen dann so viel genera an, als es species giebt. Auch die neueren Juristen bringen gewöhnlich gleich im Anfange ihrer Darstellungen der Vormundschaft eine Mehrzahl von Eintheilungen, welche aber meistens sich auf specielle Seiten dieses Institutes beziehen und sich daher erst bei diesen genauer erklären lassen. Hierher gehört blos die Eintheilung in tutela muliebris und pupillaris, da diese allgemein und durchgreifend ist, indem beide Tutelen sowohl dem Charakter nach, als nach den der Pflege befohlenen Personen verschieden sind. Dagegen gehört die Eintheilung in tutela testamentaria (dativa und optiva) legitima (agnatorum, patronorum, parentum, fiduciaria, cessitia, cognatorum), dativa (moribus, lege Atilia, Iulia et Titia, Iulia de maritandis ordinibus, Iunia, SCtis, constitutionibus) und pactitia in die Lehre von der Entstehung der Tutel. Der Unterschied zwischen tutela generalis und specialis, tutor personae datus und tutor rei vel certae causae datus, bezieht sich ebenfalls nur auf die Bestellung und den Wirkungskreis des Tutors. Aehnlich verhält es sich mit dem nur bei der Verwaltung der Pupillentutel vorkommenden Gegensatze zwischen tutor gerens oder administrans und dem tutor honorarius, notitiae causa datus und den Gehilfen des Tutors; diese Eintheilung kann ebenfalls nur erst bei der Bestellung und Verwaltung der Tutoren deutlich werden. Hier bedarf es nur des Eingehens auf die Eintheilung in tutela muliebris und pupillaris. a) Tutela muliebris[248]). Geschlechtstutel oder tutela muliebris[249]) ist diejenige Tutel, welcher eine Frau oder Jungfrau nicht wegen ihres Alters, sondern blos wegen ihres Geschlechtes unterworfen ist. Sie beginnt mit der Pubertät und währt in der Regel bis zum Tode, weshalb sie auch perpetua tutela heißt. Schon nach griechischem Rechte standen die Frauen unter immerwährender, der römischen Geschlechtstutel analogen Vormundschaft (quasi in tutela)[250]), darin bestehend, daß der Vormund bei jeder gerichtlichen Handlung und bei jedem Rechts-

---

247) Cic. pro Murena c. 12.

248) Literatur: Otto, de perpetua feminarum tutela. Duisb. 1719. Hal. 1722. (in Eiusd. Diss. iur. publ. et priv. P. I.) Löhr, von der Tutel über Weiber, im Magazin Bd. 3, H. 4, Nr. 12. Hoffmann, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. III, S. 309—328. Savigny, Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel, ebd. S. 328—348. van Maanen, de muliere in manu et in tutela sec. Gaii principia. Lugd. Bat. 1823.

249) Sabinus bei Gell. N. A. V. 13.

250) Gai. I. 193.

geschäfte über den Werth eines Medimnus hinaus, auctor oder *κύριος* werden mußte[251]). *Κύριος* einer Frau war, so lange sie in väterlicher Gewalt stand, ihr Vater; heurathete sie, ihr Ehemann; mit dem Aufhören der Ehe stand sie unter der Tutel ihrer nächsten Agnaten, zunächst ihrer mündigen Söhne, dann ihrer Brüder und übrigen Verwandten nach der Ordnung der Erbfolge. Ebenso stand in Rom das weibliche Geschlecht nach altem Rechte in steter Abhängigkeit vom männlichen. Zunächst war die Tochter, so lange sie im Hause des Vaters war, dessen Gewalt unterworfen. Schloß sie eine streng römische Ehe, so trat sie aus der Gewalt des Vaters in die des Mannes. Die patria potestas und manus aber stehen in scharfem Gegensatze zur Tutel. Denn erst wenn die Frauen von den beiden genannten Arten der Gewalt befreit sind, kommen sie unter eine Tutel, welche ihren Söhnen zustehen kann, wenn sie durch die Ehe in die manus des Mannes eingetreten waren; sonst aber ihren Brüdern, Agnaten und Gentilen und, wenn sie freigelassen sind, den Patronen gebührt. Einen griechischen Ursprung dieses Institutes anzunehmen, wie wohl von Manchen geschehen ist, fehlt es umsomehr an allem Grunde, als die Römer selbst sich immer auf einheimische Sitte, mores maiorum, berufen[252]), welche übrigens sehr alt sein muß, da die Sage schon dem Numa die Befreiung der Vestalinnen von der Tutel zuschreibt[253]) und schon die 12 Tafeln, welche die Geschlechtstutel erwähnen, jene Befreiung bestätigen[254]). Der ursprüngliche Grund dieser Tutel war hauptsächlich der Grund aller Tutel überhaupt, Unfähigkeit der Frauen zum Kriegsdienste, zum Erscheinen in den Comitien und vor Gericht und daher Unfähigkeit zur Vollziehung aller öffentlichen feierlichen Handlungen. Allein in den Händen der verschiedenen Tutoren bildete sich diese Tutel ganz verschieden aus. In den Händen der legitimi tutores, d. h. der nächsten Intestaterben, wurde sie ein Mittel zur Erhaltung des Vermögens in der Familie. Hier wurde die Tutel materiell ein bloßes Recht der Tutoren und legitima tutela wird als diejenige bezeichnet, welche den Tutoren um ihres eigenen Vortheiles willen zusteht; alterius generis tutores sind aber die, welche materiell kein eigenes Recht auf die Tutel haben[255]). Diesen letzteren stand kein Recht zur Einwilligung und zum Widerspruche bei den Geschäften der Frau, noch weniger ein Verwaltungsrecht zu; sie dienten blos dazu, um der Frau, wenn sie es wünschte, durch ihren Beistand die Vornahme einzelner feierlicher Rechtsgeschäfte zu ermöglichen, hingen

---

251) Vgl. das Nähere bei Meier und Schömann, attischer Proceß S. 455, 556, 557. Rudorff Bd. 1, S. 63 flg.

252) Liv. XXXIV. 2. Cic. pro Mur. c. 13.

253) Plut. Numa c. 10. Gai. I. 145.

254) Gai. I. 144. 145. 155. II. 47. Ulp. Fragm. Tit. XI. §. 14. Dirksen, Zwölf Tafeln S. 316 flg.

255) Gai. I. 192. L. 1. pr. D. 26. 4. Savigny, in der Zeitschrift Bd. III, S. 334. Huschke, in der Tübing. Zeitschrift Bd. V, S. 287.

aber dabei ganz von dem Willen der Frau ab. Dieser Gang der Entwickelung der Tutel bewirkte aber auch allmälig ihren Untergang. Die legitima tutela, welche den Frauen am meisten lästig war, suchten dieselben auf alle Weise los zu werden; ein von den Juristen dazu förmlich organisirtes Mittel war die coemtio tutelae evitandae causa[256]) und seit deren Erfindung war diese Tutel für die Agnaten nutzlos, da sie beliebig zerstört werden konnte. Die Vormundschaft der alterius generis tutores wurde immer mehr eine bloße Formalität, welche alles wirklichen Werthes ermangelte, da sie, bei der gänzlichen Abhängigkeit des Tutors von der Frau, der Schwäche und dem Leichtsinne der letzteren nicht mehr als Rath und Warnung diente[257]), sondern höchstens nur noch als ein juristischer Rath zur richtigen Beobachtung der Form eines Geschäftes betrachtet werden konnte[258]); zumal auch die Geschäfte, bei denen solche Formen vorkamen, immer seltener wurden. Schon Gajus erklärt das ganze Institut für zwecklos. Es geschahen auch von Seiten der Gesetzgebung Schritte, welche das Institut zwar nicht ganz aufhoben, aber doch immer mehr erschütterten und untergruben. Die lex Iulia und Papia Poppaea befreite Frauen, welche dreimal und als Freigelassene viermal geboren hatten, von der Geschlechtstutel. Dasselbe gilt von den Frauen, welchen das ius liberorum in diesem Sinne ertheilt ist[259]). Die lex Claudia hob die Agnatentutel über Frauen auf und ließ nur die legitima patronorum et parentum tutela fortbestehen[260]). Letztere und die Tutelen der alterius generis tutores sind noch zur Zeit Diocletian's in Gebrauch gewesen. Eine noch spätere Fortdauer ist nicht bestimmt erweislich, ebensowenig aber auch ein bestimmtes Gesetz, welches die noch übrigen Reste der Geschlechtstutel abgeschafft hätte. Zwar behaupten Manche[261]) eine solche Aufhebung durch eine Constitution von Honorius und Theodosius vom Jahre 410[262]), wodurch das ius liberorum allen Einwohnern des Reiches ertheilt worden sei. Diese allgemeine Ertheilung des ius liberorum beruht aber auf einer Täuschung, veranlaßt durch die Fassung der Stelle in der Justinianeischen Compilation und durch eine allgemeine Erwähnung derselben von Justinian[263]). Die gedachte Coderstelle bildet nämlich mit der L. 2. C. de infirm. poen. coelib. (VIII. 57. (58.)) Ein Ganzes, welches auch schon im Theodosischen Codex in zwei Constitutionen zerfiel[264]). In diesem ursprünglichen Zusammenhange war aber

256) Cic. Top. c. 4. pro Murena c. 13. Gai. I. 115.
257) Cic. pro Murena c. 12. und besonders Gai. I. 190.
258) Ulp. XI. 1.
259) Gai. I. 145. Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 9. Fragm. de iur. spec. §. 17.
260) Gai. I. 157. 171. Ulp. XI. 1. L. 3. C. V. 30.
261) Z. B. Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 390. Magazin Bd. III, S. 431 flg.
262) L. 1. C. de iure liberor. (VIII. 58. (59.))
263) Nov. 78. c. 5.
264) L. 2. 3. Th. C. de iure liberor. (VIII. 17.)

der Sinn der fraglichen Verordnung ein ganz specieller, indem sie nicht ein ius liberorum in aller und jeder Beziehung verlieh, sondern nur ein ius communium liberorum oder ein ius commune liberorum, m. a. W. die solidi capacitas unter Ehegatten oder die Dispensation von der leges decimariae[267]). In dieser speciellen Beziehung nun erklärte die Verordnung von Honorius und Theodosius die früher häufigen Gesuche um ius (commune) liberorum nunmehr für unnöthig. Der mögliche Einwand, daß, wenn auch die Constitution ursprünglich diesen beschränkten Sinn gehabt hätte, sie doch wegen ihrer allgemeinen Fassung in der Justinianeischen Compilation auf alle Wirkungen des ius liberorum bezogen werden müsse, wird dadurch beseitigt, daß Justinian noch im J. 528 es für nöthig hielt, das ius liberorum als Bedingung des Erbrechtes aus dem SC. Tertullianum noch besonders zu ertheilen[268]), und daß auch noch im neuesten Rechte die Einwohner des Reiches es nicht in dem Sinne haben, daß sie activ von der munera, der Tutel und Cura excusirt wären. Mithin hat auch jene Constitution noch in der Justinianeischen Compilation ihren ursprünglichen speciellen Sinn und hat keine allgemeine Befreiung von der Tutel gewährt. Dennoch ist unleugbar schon vor Justinian die Geschlechtstutel allmälig außer Uebung gekommen; die allgemeine Nothwendigkeit davon ist zwar aus dem Gange des Institutes begreiflich, nicht aber im einzelnen erweislich. In der Justinianeischen Compilation ist das Institut absichtlich weggelassen, obgleich einzelne Spuren hin und wieder aus Nachlässigkeit oder Ungeschick stehen geblieben sind. b) Tutela pupillaris. Die zweite im Justinianeischen Rechte allein noch erhaltene und in der Justinianeischen Fassung der Servianischen Definition allein erklärte Gattung der Tutel ist die Tutel über Unmündige oder Pupillen, tutela puerilis[269]) oder pupillaris[270]). Sie ist iuris gentium, d. h. sie kommt aus natürlichen Gründen bei allen dem Alterthum bekannten Völkern vor[271]). Ihre eigenthümliche Ausbildung in Rom ist aber positiv römischen Ursprunges und deshalb darf man nicht mit manchen älteren Juristen ihren Ursprung von der attischen ἐπιτροπή oder ἐπιτροπία ableiten, welche schon durch die längere Dauer von ihr unterschieden ist[272]). Ihr Zweck ist, der Unfähigkeit des unmündigen Alters abzuhelfen. Diese ist aber eine doppelte: Wehrlosigkeit und bürgerliche Unselbstständigkeit auf der einen und Unfähigkeit zur eigenen Verwaltung des Vermögens auf der anderen Seite. Daher ist auch die Pu-

---

267) Iac. Gothofred. ad L. 2. 3. Th. C. VIII. 17. Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechtes Bd. 1, §. 175 a. E.

268) L. 2. C. de iure liberor. (VIII. 58. (59.))

269) Macrob. Somn. Scip. 1. 6.

270) Gell. N. A. Lib. V. c. 13.

271) Gai. I. 189.

272) Walch, de tutela impuberum Attica. Gott. 1767. Meier und Schömann, attischer Proceß S. 442 flg.

pillentutel ein munus duplex, während die Geschlechtstutel nur ein einfaches ist. Erstere enthält nämlich die doppelten Functionen der auctoritas und der negotiorum gestio oder administratio. Beide Functionen werden aber niemals als besondere Aemter betrachtet, sondern die Administration als ein wesentlicher Bestandtheil dieser Tutel gedacht, weshalb auch die Klage wegen der Geschäftsverwaltung, obgleich sie blos aus der Administration gegeben wird, nicht actio negotiorum gestorum, sondern actio tutelae heißt. Aus dem Begriffe einer Alterstutel folgt, daß die Pupillentutel dem Begriffe der pupillaris aetas völlig parallel geht. Unmündig (pupillus, pupilla, impubes, investis, praetextatus, puer, virgo, orphanus) ist an sich jede in der prima aetas befindliche Person. Da jedoch in der römischen Tutel nur libera capita stehen, so sind Pupillen blos homines sui iuris oder von der dominica, patria potestas, der manus und dem mancipium befreite Menschen dieses Alters. Die pupillaris aetas beginnt mit der Geburt. Der Ungeborene (venter) ist weder Pupill noch pubes[273]). Sie endigt bei Mädchen mit der Heurathsfähigkeit oder dem 12. Jahre, bei Knaben mit der Anlegung der toga virilis, welche nach altrömischen Einrichtungen an den ersten Liberalien nach vollendetem 15. Jahre geschah, später aber bald nach physischer Reife, bald nach Jahren, bald nach beiden Momenten zugleich bestimmt wurde, bis sich endlich Justinian für die Bestimmung nach Jahren entschied und deshalb das vollendete 14. Jahr als Termin der Pubertät festsetzte[274]). Aus dem Bisherigen ergeben sich folgende Sätze: 1) Unter der Pupillentutel stehen weder ungeborene[275]), noch mündige Personen. Für den ersten Satz liegt der Grund nicht in der Unmöglichkeit der auctoritas, indem auch bei wahnsinnigen und stummen Pupillen eine auctoritas nicht denkbar ist, welche aber doch unter Tutel stehen, sondern der Grund liegt in dem Satze: non est pupillus, qui in utero est[276]). Für den zweiten Satz liegt der Grund ebenfalls darin, daß der pubes aufgehört hat, Pupill zu sein. Deshalb erhält er, wenn er männlichen Geschlechtes ist, die einem Dritten bisher übertragen gewesene Tutel und auctoritas restituirt und wird sein eigener Tutor, während die mannbare Jungfrau nur die eigene Verwaltung ihres Vermögens erhält, hingegen hinsichtlich der auctoritas der tutela muliebris unterworfen wird. Doch sind beide Sätze im Justinianeischen Rechte durch die cura minorum und den Untergang der Geschlechtstutel bedeutend modificirt worden. 2) Ebenso folgt aber auch aus dem Zwecke und der Bedeutung dieser Tutel auf der anderen Seite gleich nothwendig, daß die möglichen physischen Verschiedenheiten des Pupillen während der Unmündigkeit auf das ius tutelae selbst ohne allen Einfluß sind. Dahin gehören namentlich die verschiedenen Abstufungen innerhalb der

273) L. 161. D. 50. 16.
274) Vgl. den Artikel Alter, Altersstufen Bd. I, S. 216 flg.
275) L. 20. pr. D. 26. 5. L. 24. D. 27. 3. L. 19. §. 2. D. 26. 2.
276) L. 161. D. 50. 16.

Unmündigkeit, welche durch die Entwickelung der Sprache und des Bewußtseins herbeigeführt werden; ferner die geistigen Zustände des Pupillen, Wahnsinn, Blödsinn u. s. w., endlich dessen Aufenthalt, das Geschlecht u. dgl. Alle diese Zustände haben auf das Recht und den allgemeinen Charakter der Pupillentutel gar keinen Einfluß, und dieser Satz ist besonders in folgender Rücksicht praktisch sehr wichtig. Viele der eben genannten Zustände begründen eine cura; doch tritt eine solche während der Pupillentutel nicht ein, vielmehr gilt die Regel: ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat; und schon früh hat man die Stelle der 12 Tafeln von der cura der Agnaten über Wahnsinnige so ausgelegt, daß sie sich auf Pupillen nicht mit bezieht. Hieraus folgt nun auf der einen Seite: daß die Pupillentutel während der Kindheit, Abwesenheit, Krankheit, Blödsinnigkeit des Pupillen sich nicht in eine Cura verwandelt, vielmehr bleibt der Tutor de iure Tutor, weil sein Pflegling Pupill bleibt; die Nothwendigkeit, sich der Ausübung der auctoritas in solchen Momenten zu enthalten[277]), kann den rechtlichen Charakter seiner Vormundschaft nicht afficiren. Auf der anderen Seite aber folgt aus unserer Regel umsomehr, daß um solcher Zustände willen die Tutel des Pupillentutors nicht aufgehoben und keinem Anderen die Cura übertragen wird. Endlich aber folgt daraus, daß, wenn der Pupill vor der Bevormundung wahnsinnig wird, eine tutoris datio dennoch möglich bleibt[278]).

B. Curatio[279]).

Zweite Abtheilung. Aelteres teutsches Recht[280]).

A. Von der Vormundschaft überhaupt.

AA. Von der Unmündigkeit wegen unreifen Alters. 1) Aelteste Termine der Mündigkeit. Die Darstellung über die Grundsätze des teutschen Rechtes über die Mündigkeit ist nur hinsichtlich des männlichen Geschlechtes nothwendig, da Weiber nie mündig werden. Nach dem Bericht des Tacitus[280a]) durfte Niemand eher die Waffen anlegen, als bis ihm die Volksgemeinde für fähig dazu erklärt hatte. Da nur diejenigen, welche zum Gebrauche der Waffen fähig waren, als mündig galten, so war der Zeitpunkt, wo der Jüngling Waffen anlegen durfte, zugleich der Anfangspunkt der Mündigkeit. Es hing also nach Tacitus die Mündigkeit ursprünglich bei jedem Einzelnen davon ab, daß ihn die Volksgemeinde für mündig erklärte. Da nach Tacitus diese Erklärung durch die individuelle Reife des

277) L. 1. §. 2. D. 26. 7.

278) L. 3. pr. D. 26. 1. L. 8. §. 3. D. 26. 5.

279) Wir lassen die Lehre von der Cura hier weg, da dieselbe bereits in dem Artikel Cura Bd. III, S. 133—221 dargestellt ist.

280) Wir fassen in dieser Abtheilung das Geschichtliche der Vormundschaft nach teutschem Rechte zusammen, um darauf in der späteren Darstellung verweisen zu können.

280a) Tacit. Germ. c. 13.: Arma sumere non ante cuiquam moris, quam civitas suffecturum probaverit.

Subjectes bedingt war, so kann die Mündigkeit ursprünglich nicht nach Jahren bestimmt gewesen sein. Später trat sie aber überall mit einem gewissen Alter ein; die frühere Unbestimmtheit blieb jedoch darin noch sichtbar, daß dieses nicht bei allen Völkerschaften dasselbe war. Zur Bezeichnung dafür, daß Jemand dieses Alter erreicht habe, bedienen sich die älteren teutschen Rechtsquellen besonders der Redensart: „zu seinen Jahren gekommen sein"[281]), einige auch der Redensart „zu seinen Tagen gekommen sein"[282]), obwohl andere mit der letzteren eine andere Altersstufe als die eigentliche Mündigkeit bezeichnen. In späteren Rechtsquellen finden sich dafür die Ausdrücke und Redensarten: bescheidene Jahre (anni discretionis), bescheidene Tage, Bescheidenheit, Jahre der Bescheidenheit, auch: kenntliche Jahre, vogtbare Jahre, vogtbar, mundbare Jahre[283]). Im friesischen Rechte heißt ein zu seinen Jahren gekommenes Kind ein jähriges und ein Kind, welches dieses Alter noch nicht erreicht hat, ein unjähriges[284]). Von einem Kinde der letzteren Art heißt es in anderen Rechtsquellen, es sei binnen seinen Jahren[285]). Die Mündigkeit war aber nicht blos bei den einzelnen Völkerschaften verschieden, sondern es ging auch bei demselben Volke nicht selten ein Wechsel vor. Ueberall zeigt sich dabei das Streben, die Mündigkeit fortwährend weiter hinaus zu rücken, so daß die Gesetze, welche die Mündigkeit am frühesten eintreten lassen, auch zugleich die ältesten sind. Den frühesten Termin der Mündigkeit enthalten die Gesetze der alten angelsächsischen Könige, indem nach diesen ein Kind schon als mündig gilt, wenn es zehn Winter erreicht hat[286]). Denselben Termin hatten auch die den Angelsachsen nahe verwandten Dithmarsen, bei welchen sich derselbe noch in der Mitte des 15. Jahrhunders findet[287]). Auch bei den Westgothen trat wahrscheinlich in älterer Zeit mit 10 Jahren die Mündigkeit ein[288]). Bei den meisten teutschen Stämmen trat aber in den älteren Zeiten die Mündigkeit mit dem zurückgelegten 12. Jahre

---

281) Sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 2. Sächs. Distinct. I, 15, 2.

282) Augsb. Stat. bei Freyberg S. 79, Abs. 5.

283) Vgl. die Citate bei Kraut Bd. 1, S. 111 flg., N. 4—12.

284) S. die Citate bei Kraut Bd. 1, S. 112, N. 13, 14.

285) Richtst. Landr. Cap. 43.

286) Stellen aus angelsächsischen Gesetzen führt an Kraut Bd. 1, S. 112, N. 16.

287) Dithmarf. Landr. v. 1447 §. 192. Hier ist von 11 Jahren 6 Wochen die Rede; die Frist von 1 Jahr 6 Wochen ist aber eine im teutschen Rechte so häufig wiederkehrende Zugabe, daß man nicht anstehen kann, hierin den ursprünglichen Termin von 10 Jahren zu erkennen. Grimm, Rechtsalterth. S. 222 flg., Nr. 6. Kraut Bd. 1, S. 113.

288) Ueberbleibsel davon scheinen zu sein, wenn in der L. Wisigoth. II. §. 11. IV. 3. 4. einem Mündel, sobald er 10 Jahre alt ist und schwer erkrankt, die Verfügung über sein Vermögen gestattet wird, und wenn nach derselben IV. 3. 4. für ein Kind nur bis zur Erreichung dieses Alters Alimente bezahlt zu werden brauchen.

ein[289]). Dieser Mündigkeitstermin von 12 Jahren wurde im Mittelalter eine Zeit lang als der gemeinrechtliche betrachtet[290]).

2) Bedeutung der Mündigkeit. Die Hauptwirkung der Mündigkeit, von welcher alle übrigen in der That nur Folgen sind, ist die mit derselben eintretende Fähigkeit des Knaben, Waffen zu tragen. Er muß daher von nun an Kriegsdienste leisten, sowohl bei der Landfolge, als auch im regelmäßigen Reichsheere[291]). Da die bürgerliche Selbstständigkeit von der Fähigkeit zur Waffenführung abhing, so erlangte der Knabe mit seinem Eintritte in die Mündigkeit auch diese. Er kann daher auch jetzt ohne Vormund klagen und verklagt werden, was sowohl von peinlichen als bürgerlichen Klagen gilt[292]). Damit hängt es zusammen, daß ein mündiger Knabe als Friedensbrecher behandelt werden kann, und daher in älteren Zeiten, wenn er ein Vergehen beging, den fredus erlangen mußte und in der späteren Zeit peinlich bestraft werden konnte, während beides bei einem unmündigen in gleichem Falle nicht eintrat[293]). Mit dem Eintritte der Mündigkeit ist der Knabe auch zur Leistung von Eiden fähig. Dies verstand sich nach der älteren Ansicht von Eid und Mündigkeit so von selbst, daß die Verfasser der ältesten Rechtsquellen es nicht einmal für nöthig erachtet haben, darauf noch besonders aufmerksam zu machen[294]). Selbst noch in ziemlich späten Zeiten, wo der Termin der Mündigkeit meistens weiter hinausgerückt war und in dieser Beziehung die Grundsätze des kanonischen Rechtes als die gemeinrechtlichen galten, war bisweilen noch das Alter von 12 Jahren als Termin der Eidesmündigkeit beibehalten[295]),

---

289) Dieser Termin findet sich in dem älteren longobard. Rechte (LL. Rothar. cap. 155.), bei den Salfranken (L. Sal. 28. 6. und hierzu Cap. III. a. 819. de interpretatione legis Sal. c. 5. vgl. auch L. Sal. 28. 1. u. 75. 2.), in den späteren angelsächs. Gesetzen (Aethelstan's Ges. II, Cap. 1 z. Anf. bei Schmid, angelsächs. Ges. S. 70; Leut's Ges. Cap. 19 bei Schmid S. 154), in mehreren der ältesten teutschen Statuten, Freiburg. Stadtr. v. 1120 §. 34, vgl. auch das. §. 27 und das älteste Lüb. Recht bei Westphalen 3. 631. De rixa puerorum nebst dem Lüb. Rechte v. 1240 §. 93, bei Westphalen 3. 650.), endlich in den sächsischen mittelalterlichen Rechtsquellen (Richtst. Landr. Cap. 43. Freiburg. Stadtr. §. 3 bei Walch Bd. 3, S. 164. Goslar. Stat. S. 78, Z. 6, 7. Sächs. Distinct. I, 15, 2.

290) Kl. Kaiserr. 2, 17.

291) Sächs. Landr. B. 2, Art. 71, §. 3. Liutprand. Hist. 2. 8.

292) Zus. der Görlitz. Handschr. zum sächs. Landr. B. 2, Art. 65, §. 2. Sächs. Distinct. VI, 12, 15.

293) L. Sal. 28. 6. Sächs. Landr. B. 2, Art. 65, §. 1. (Goslar. Stat. S. 42, Z. 8—10. Verm. Sachsensp. III, 14 pr. Sächs. Distinct. VI, 12, 1. Schwabensp. 119, 5.) Aethelstan's Ges. II, 1 pr. bei Schmid S. 70. Mühlh. Stat. aus dem 13. Jahrh. bei Grashof p. 258.

294) Bei den Burgundern scheint man sogar vor erreichter Mündigkeit ein Kind zum Eide gelassen zu haben. Capit. Aquisgran. a. 789. c. 62. bei Walter, Corp. iur. German. 2. 93.

295) Vgl. die bei Kraut Bd. 1, S. 118 abgedruckten Stellen aus Urkunden von 1384, 1421 und 1477.

woraus die Richtigkeit jenes Satzes hervorgeht. Auch konnte ein zwölfjähriger Knabe ein giltiges Zeugniß ablegen[296]), was, da die Zeugen ihre Aussagen eidlich thun mußten, ebenfalls beweist, daß der Knabe schon mit jenem Alter als eidesmündig galt. Ferner kann der Knabe mit dem Eintritte der Mündigkeit von dem Vormunde die Herausgabe seines unter dessen Händen befindlichen Vermögens verlangen[297]). Der Jüngling darf von jetzt an über sein Vermögen frei verfügen und unterliegt dabei nur denjenigen Beschränkungen, welchen nach dem teutschen Rechte jeder Eigenthümer überhaupt unterworfen ist, wozu bei Grundstücken das Recht der nächsten Erben gehört[298]). Ist etwas von dem Vermögen des Knaben während seiner Unmündigkeit unrechtmäßiger Weise in andere Hände gekommen, so kann er, da er jetzt selbst zur Anstellung von Klagen fähig ist, wenn es ihm nicht gutwillig zurückgegeben wird, gerichtlich einfordern. Ebenso ist er von nun an zur Anfechtung aller vom Vormunde unternommenen Verfügungen, welche er nicht anzuerkennen braucht, berechtigt[299]). Es kommt dabei darauf nichts an, wie lange sein Gegner die Sache schon besessen oder sich in dem bestrittenem Verhältnisse befunden hat; denn einem Unmündigen läuft auch nach teutschem Rechte keine Verjährung[300]). Dies ändert sich aber mit dem Eintritte der Mündigkeit, und wenn er nun nicht binnen Jahr und Tag, d. h. in 1 Jahre 6 Wochen und 3 Tagen von dem Augenblicke der eingetretenen Mündigkeit an seine Ansprüche geltend macht, so wird er, wenn der Besitz seines Gegners die Erfordernisse einer rechten Gewere hat, mit denselben ausgeschlossen[301]). Da der mündige Knabe Kriegsdienste thun und Eide leisten kann, so wird er mit Eintritt der Mündigkeit auch lehnbar, d. h. fähig, ein Lehn zu besitzen und sich selbst belehnen zu lassen. Er konnte daher auch, seit die Lehen erblich geworden waren, nun verlangen, in den Besitz seines elterlichen Lehens, welches der Lehnherr während seiner Unmündigkeit, weil er die darauf haftenden Dienste nicht leisten konnte, eingezogen hatte, gesetzt zu werden[302]). Da der mündige Knabe sich versäumen konnte, so lief ihm von dem Augenblicke der eingetretenen Mündigkeit die jedem Vasallen gesetzte Frist von Jahr und Tag zur Muthung des Lehns bei dem Lehn-

---

296) Freiburg. Stadtr. v. 1120 §. 33.

297) Freiburg. Stadtr. I, §. 4 bei Schott 3, 156. Goslar. Stat. S. 17, Z. 21, 22.

298) Alt. Culm. Recht 4, 3. Sächs. Distinct. VI, 12, 5.

299) Rigisch. Riderr. Cap. 50. Goslar. Stat. S. 19, Z. 28—30 der neuen Redaction.

300) Görlitz. Lehnr. Cap. XVIII, §. 68 bei Homayer S. 98 flg. Vet. auct. de benef. I. §. 68. Freiburg. Stat. v. 1122 §. 33. Verm. Sachsensp. 1, 44 pr.

301) Rigisch. Riderr. Cap. 50, 66. Erläuternd sind hier die viel teutsches Recht enthaltenden Leges Normannorum, nach welchen übrigens erst nach zurückgelegtem 20. Jahre die Mündigkeit eintritt: Cap. 32. §. 2. 12. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut §. 13, N. 13, Bd. 1, S. 120 flg.

302) Kl. Kaiserr. 3, 9. Vgl. auch Leg. Normann. Cap. 32. §. 11.

herrn[303]). Daher konnte ihm auch der Lehnherr, wenn er die Frist, ohne zu muthen, ablaufen ließ, das Lehn zur Strafe nehmen[304]). Aus diesem Allen ergiebt sich, daß die Vormundschaft mit dem Eintritte der Mündigkeit des Knaben von selbst aufhört. Dies zeigt sich auch darin, daß, da das ältere Recht die Rechtsfähigkeit des Einzelnen dadurch bedingte, daß er einer Genossenschaft als selbstständiges Mitglied angehörte oder unter dem Schutze einer solchen stand, der mündige Knabe, wenn er nicht durch den Eintritt in die Mündigkeit schon von selbst Mitglied einer Genossenschaft wurde, in eine solche eintreten mußte, um rechtsfähig zu sein[305]). Daher erstreckt sich auch in den Städten das Bürgerrecht des Vaters nicht auf seine mündigen Kinder, sondern diese müssen, wenn sie Bürger werden wollen, selbstständig das Bürgerrecht gewinnen[306]). Da der Knabe nach erlangter Mündigkeit selbst die Waffen führen kann, so kann er nun auch Andere schützen und ist daher von dieser Zeit an fähig, selbst Vormund zu sein und sogar einen gerichtlichen Zweikampf für seinen Mündel zu übernehmen. — Zu den Wirkungen der mit der Mündigkeit beginnenden vollkommenen bürgerlichen Selbstständigkeit gehört endlich auch, daß der mündige Knabe eine giltige Ehe eingehen kann. Dieser Satz erscheint zwar zweifelhaft, weil es nicht nur unseren jetzigen sittlichen Ansichten widerstrebt, daß ein Knabe von 12 oder gar schon von 10 Jahren sollte heurathen können, sondern auch der Meinung, die man gewöhnlich von unseren Vorfahren hat, zuwider ist, endlich auch durch die Nachrichten, welche uns die römischen Schriftsteller über die alten Germanen mittheilen, widerlegt zu werden scheint. Denn schon Pomp. Mala[307]) sagt von ihnen: longissima apud eos pueritia est. Tacitus[308]) sagt zu ihrem Lobe, daß Jünglinge und Mädchen spät und erst nach vollendeter körperlicher Reife heurathen. Noch bestimmter sagt Cäsar[309]), daß der fleischliche Umgang mit Frauen vor dem 20. Jahre zur besonderen Schande bei den Germanen gereiche. Dennoch hat Kraut[310]) den Beweis dieses Satzes aus den Rechtsquellen ziemlich genügend geführt. Da Tacitus in der angeführten Stelle sagt, daß auch die Mädchen erst spät zu heurathen pflegten und aus den Worten: pares miscentur in dieser Stelle deutlich hervorzugehen scheint, daß der Mann meistens eben so alt wie die Frau

---

303) Vet. auct. de benef. I. §. 64. Sächs. Lehnr. Cap. 26 (28). Der in letzterer Stelle vorkommende Ausdruck Jahrzahl heißt eigentlich ein Zeitraum von Jahr und Tag, dann aber auch die Frist, binnen welcher ein Vasall muthen mußte, weil diese so lang war.

304) Sächs. Lehnr. Cap. 29 (31).

305) König Leut's angels. Ges. I, Cap. 19 pr. bei Schmid S. 154. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 124 flg.

306) Erfurt. Stat. v. 1306 §. 43 bei Walch Bd. 1, S. 119.

307) De situ orbis Lib. III. cap. 3.

308) German. cap. 20.

309) De bello Gall. Lib. VI. cap. 21.

310) Bd. 1, S. 124—129.

zu sein pflegte, so geht Kraut bei seiner Beweisführung davon aus, zu zeigen, daß bei den Stämmen, bei welchen die Knaben mit dem zurückgelegten 12. Jahre mündig wurden, auch die Mädchen schon in diesem Alter heurathen konnten. Am deutlichsten sprechen sich unter den ältesten Rechtsquellen die longobardischen Gesetze darüber aus, welche Mädchen, bevor dieselben das 12. Jahr zurückgelegt haben, zu heurathen verbieten, jedoch Verlobungen mit denselben vorher gestatten[311]). Die in diesen Gesetzen enthaltenen Grundsätze sind nicht etwa aus dem römischen Rechte geschöpft. Dies ergiebt sich nicht nur hinreichend schon aus dem Inhalte dieser Gesetze, sondern es spricht auch gegen den fremden Ursprung derselben, daß dieselben in mehreren Rechtsquellen des Mittelalters, welche frei vom Einflusse des römischen Rechtes geblieben sind, ausgesprochen sind[312]). Wenn es in der in der Note angeführten Stelle des Lüb. Rechtes heißt, eine zwölfjährige Jungfrau sei zu ihren Jahren gekommen, so kann dies nicht die Bedeutung haben, wie bei einem Knaben, daß sie nämlich nun mündig geworden sei, d. h. keines Vormundes mehr bedürfe; denn Frauenspersonen werden, wie auch in der Stelle ausdrücklich gesagt wird, nie mündig. Die Redensart: die Jungfrau sei zu ihren Jahren gekommen, kann daher nur die Bedeutung haben, daß sie nun fähig sei, zu heurathen. Ebenso geht aus den Mühlhäuser Statuten aus dem 13. Jahrhundert[313]) hervor, daß ein Mädchen, wenn es zu seinen Jahren gekommen war, heurathen konnte. Dies war aber nach diesen Statuten der Fall, wenn es 12 Jahre alt geworden war. Zwar scheint in der fraglichen Stelle von einem bloßen Verlöbnisse, nicht von Eingehung der Ehe die Rede zu sein; da aber im Mittelalter jedes Verlöbniß durch die fleischliche Vermischung in jedem Augenblicke in eine wahre Ehe verwandelt werden konnte, so ist wenigstens zuzugeben, daß die Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe durch keine andere Altersstufe als die von 12 Jahren bedingt gewesen sei. Auch ist dieser Grundsatz wirklich zur Ausführung gekommen[314]). Auch darüber, daß Knaben mit zurückgelegtem 12. Jahre heurathen konnten, sprechen sich unsere Rechtsquellen so deutlich aus, daß darüber kein Zweifel sein kann. Vor allen gehören hierher wieder die longobard. Gesetze[315]). In der in der Note angeführten Stelle wird selbst eine Ehe, welche ein erwachsenes Frauenzimmer mit einem Knaben unter 12 Jahren eingeht, für zulässig erklärt, sobald dessen Vater oder Großvater noch am Leben sind und ihre Einwilligung dazu geben, und nur für den Fall verboten, wenn beide bereits gestorben sind oder nicht einwilligen. Daraus würde schon von selbst folgen, wenn es auch nicht am Schlusse der Stelle noch ausdrücklich gesagt wäre, daß die mit einem

---

311) LL. Liutpr. 12. (2. 6.) Eaed. 112. (6. 59.)
312) Lüb. Recht v. 1240 Art. 114.
313) Bei Grashof p. 254.
314) Dithmari, Chron. Merseburg. ed. Wagner p. 88.
315) LL. Liutprand. 129. (6. 76.)

Knaben über 12 Jahren geschlossene Ehe als giltig zu betrachten sei[316]. Der Grundsatz, daß ein 12jähriger Knabe schon eine giltige Ehe eingehen könne, ist aber nicht blos dem longobard. Rechte eigenthümlich, sondern er findet sich auch in anderen Rechtsquellen, wie in den Mühlhäuser Statuten aus dem 13. Jahrhundert und selbst im Sachsenspiegel[317]. Wenn in der in der Note angeführten Stelle dieses Rechtsbuches gesagt wird, daß ein Knabe, wenn er zu seinen Jahren gekommen, d. h. wenn er in das 13. Jahr eintrete[318], Vormund seiner Ehefrau sein dürfe, so liegt hierin so deutlich die Voraussetzung, daß er auch von dieser Zeit an verheurathet sein könne, daß sich eher daran denken ließe, ob hier nicht auch stillschweigend angenommen werde, es sei möglich, daß er schon eine Frau habe, ehe er einmal fähig geworden sei, die Vormundschaft über sie zu führen. — Ist es nun nach dem Obigen wohl als ausgemacht anzunehmen, daß bei den alten Teutschen schon ein 12jähriger Knabe und bei den Stämmen, wo die Mündigkeit schon mit dem zurückgelegten 10. Jahre eintrat, sogar schon ein 10jähriger eine Ehe eingehen konnte, so ist daraus doch noch nicht zu folgern, daß sie schon in einem so frühen Alter Zeugungsfähigkeit bei ihm voraussetzten. Vielmehr scheint gerade hieraus hervorzugehen, daß die Zeugungsfähig-

316) Allerdings hat nur der Herold'sche Text XII, die übrigen Ausgaben dagegen XIV annum. Mit Recht nimmt aber Kraut Bd. 1, S. 127 flg. keinen Anstand, die erstere Lesart vorzuziehen. Denn erstens kommt das Alter von 14 Jahren sonst in dem longobard. Rechte nicht vor; zweitens war das Alter von 12 Jahren nach dem longobard. Rechte der Termin der Mündigkeit, und ein Longobarde konnte daher unter den Ausdrücken: aetas und legitima aetas, welche in dieser Stelle vorkommen, kein anderes verstehen; drittens konnten spätere Abschreiber, welchen das römische Recht vorschwebte, leicht XII in XIV verwandeln, aber nicht, wenn man nicht einen ganz unbewußten Schreibefehler annehmen will, die umgekehrte Aenderung vornehmen; endlich ergiebt sich aus einer, wenigstens schon aus dem Anfange des 11. Jahrhunderts herrührenden Formel zu jener Stelle, daß alte Handschriften XII annum gelesen haben müssen, indem es in denselben in Bezug auf die Worte des Textes: separentur ab invicem. Femina vero ipsa — non habeat potestatem alio viro se copulare, dum ipse puer in aetatem supradictam pervenerit heißt: Petre, te appellat Martinus, quod, quando ipse erat intra aetatem, sociavit sibi unam feminam et fuit separatus ab ea, et tu accepisti eam ad coniugium, antequam veniret in tertium decimum annum. Von Liutprand wurde freilich später die Mündigkeit bis zum zurückgelegten 18. Jahre hinausgerückt, aber dabei ausdrücklich erklärt, daß dies auf die Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe keinen Einfluß haben solle. LL. Liutpr. 117. (6. 64.) Daß hier der Ausdruck: sponsalia die sponsalia de praesenti, also die wirkliche Eingehung der Ehe bedeutet, geht daraus hervor, daß bei Abschließung eines Verlöbnisses noch keine Morgengabe, von welcher die Stelle ebenfalls spricht, gegeben wird.

317) Sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 2: Swenne ein kint zu sinne jaren kumt, so muz ez wol vormunde sines wibes sin — al si ez binnen sinne tagen.

318) Nach den am Ende der Note 289 angeführten Stellen der sächsischen mittelalterlichen Rechtsquellen läßt sich nicht bezweifeln, daß, wenn der Sachsenspiegel von einem Kinde die Redensart, es sei zu seinen Jahren gekommen, gebraucht, darunter das Alter von 12 Jahren zu verstehen ist, obwohl er dies nirgends ausdrücklich nennt.

keit nach dem älteren teutschen Rechte nicht zum Begriffe der Ehe gehört habe. Ueber allen Zweifel wird dies dadurch erhoben, daß, wie in den Leges Liutprandi ausdrücklich gesagt wird[319]) und auch sonst bekannt ist[320]), es im Mittelalter vorkam, daß Kinder, welche jenes Alter noch lange nicht erreicht hatten, eine Ehe eingingen, wenn nur ihre Vormünder darin willigten. Denn wenn gleich in den angeführten Stellen der Leges Liutprandi es nur dem Vater und Bruder der Ehegatten, ihre Einwilligung zur Eingehung einer so frühen Ehe zu ertheilen, erlaubt, den übrigen Vormündern solches aber bei schwerer Strafe verboten wird, so ergiebt sich gerade hieraus, daß früher alle Vormünder dazu befugt waren. Die Wirkung der erreichten Mündigkeit war demnach in dieser Beziehung ursprünglich nur die, daß der Knabe sich nun, ohne der Einwilligung eines Anderen hierzu zu bedürfen, verheurathen konnte, während er vorher an diese gebunden war. Indessen verboten es doch schon früh manche Rechtsquellen überhaupt, Knaben vor erlangter Mündigkeit und Mädchen, bevor sie ein gleiches Alter erreicht hatten, zu verheurathen[321]). Von dieser Zeit an gehörte es daher zu den Wirkungen der Mündigkeit, daß der Knabe überhaupt erst von der Zeit an, wo er sie erreicht hatte, eine giltige Ehe eingehen konnte. — Was das Verhältniß dieser Zeugnisse unserer Rechtsquellen zu den vorher angeführten Nachrichten der römischen Schriftsteller betrifft, so läßt sich bei einem Gegenstande, wie dem hier fraglichen, nicht denken, daß die sonst so scharf blickenden Römer falsch beobachtet hätten. Ebensowenig läßt sich bei einem so verbreiteten und so tief in die inneren Familienverhältnisse eindringenden Rechtssatze annehmen, daß zwischen der Zeit, in welcher die Römer schrieben und derjenigen, aus welcher unsere Rechtsquellen herrühren, eine wesentliche Aenderung des Rechtes eingetreten sein sollte. Auch die mögliche Annahme, daß, da jene Stellen eigentlich nicht von der Eingehung der Ehe, sondern von der fleischlichen Vermischung reden, zwar die Ehe schon in der Kindheit habe abgeschlossen werden können, daß aber die eheliche Beiwohnung erst in einem verhältnißmäßig späten Alter erfolgt sei, scheint mit dem Wesen der teutschen Ehe nicht vereinbar, welches es mit sich bringt, daß die eheliche Beiwohnung, nachdem die Zeugungsfähigkeit bei den Ehegatten eingetreten ist, auch nicht weiter aufgeschoben zu werden braucht. Zur Vereinigung bleibt aber noch die Annahme übrig, daß jene römischen Schriftsteller gar nicht von einem Rechtsgrundsatze, sondern von der natürlichen Anlage und dem, was gewöhnlich und durch die Sitte geboten war, sprechen. In der That ist es sehr wahrscheinlich, daß die Germanen erst in einem

---

319) In der ersten der in der Note 311 angeführten Stellen und in der Note 315 citirten Stelle.

320) Vgl. Grimm, Rechtsalterthümer S. 436. Selbst die Päbste erkannten eine solche Ehe unter gewissen Voraussetzungen als giltig an. Cap. 2. X. IV. 2.

321) Ein solches Verbot enthalten die LL. Longob. Caroli M. c. 145.

späteren Alter, als die Römer, zur Ehe zu schreiten pflegten und daß Ehen unter Kindern nur als seltene Ausnahmen und immer nur aus ganz besonders dringenden Gründen vorkamen. Es stand daher in dieser Beziehung bei unseren Vorfahren im wesentlichen wohl nicht viel anders als heutzutage in Teutschland, wo zwar auch dem Rechte nach die Ehen schon mit dem Eintritte des römischen Pubertätstermines zulässig sind, in der That aber in einem viel späteren Alter eingegangen zu werden pflegen.

3) Spätere Termine der Mündigkeit. Ein so früher Eintritt der Mündigkeit, wie in dem Alter von 10 und 12 Jahren, ist nur dem einfachen Rechtszustande, wie er sich bei den alten Teutschen findet, angemessen. Seit die Rechtsverhältnisse verwickelter geworden waren, mußte es sehr bedenklich fallen, ein Kind schon in so jungen Jahren sich selbst zu überlassen. Diesem Uebelstande suchte man auf zwei verschiedenen Wegen abzuhelfen. Der eine von diesen, welchen manche Rechte einschlugen, war, daß man den Eintritt der Mündigkeit ohne weiteres in ein reiferes Alter hinaufschob. Dies geschah oft auch nur in Bezug auf einzelne Wirkungen der Mündigkeit, deren so frühen Eintritt man für besonders bedenklich hielt, z. B. in Bezug auf die Befugniß zu Veräußerungen oder Vergabungen von Todes wegen, die Fähigkeit, Eide zu leisten, Richter zu sein u. s. w. Nicht selten geschah aber auch das Umgekehrte, daß nämlich der Aufschub der Mündigkeit überhaupt in ein reiferes Alter sich nicht auf alle Wirkungen derselben erstreckte, sondern einige Wirkungen noch mit dem früheren Termine der Mündigkeit verbunden blieben. Zu den auf diese Weise entstandenen Terminen der Mündigkeit gehören die von 15, 18, 20 und 24 Jahren. Der Termin von 15 Jahren findet sich schon in einigen alten Volksrechten[322]. Auch spätere von Kraut angeführte Rechtsquellen enthalten diesen Mündigkeitstermin[323]. Gewöhnlich rückte man aber die Mündigkeit bis zum Alter von 18 Jahren hinaus. Unter den alten Volksrechten kennt diesen Termin blos das longobardische[324]. Ferner

322) L. Ripuar. 81. L. Burgund. 1. 2. Die erste Stelle findet sich mit einigen Abänderungen auch in den Leg. Henrici I. Angliae R. cap. 70. §. 18. bei Schmid, angelsächs. Ges. S. 256. Es könnte auch L. Wisigoth. Lib. IV. Tit. 3. §. 1. hierher zu gehören scheinen; allein die Vergleichung mit Lib. II. Tit. 5. cap. 11. und Tit. 3. c. 4. ergiebt, daß die Worte der ersten Stelle: infra quindecim annos von dem noch nicht angetretenen 15. Jahre, also von dem zurückgelegten 14. Jahre zu verstehen sind und dann ist gewiß diese Stelle auf das römische Recht zurückzuführen.

323) Etablissemens de S. Louis I. 142. Declaratio legum in curia Haineensi a. 1200. c. 11. (Martens et Durand. Thes. nov. anecdot. T. I. p. 770.) Coustumes de Limbourg. art. 195. (Christyn p. 1392.) Leobschütz. Stat. bei Böhme 2, 18. Augsburg. Stat. v. 1276 bei Freyberg S. 84, Abs. 1 (bei Walch Bd. 4, S. 228).

324) LL. Liutpr. 19. (4. 1.) 117. (6. 64.) Jener Termin findet sich auch noch in II. Feud. 53. pr. und in den das longobard. Recht als gemeines anerkennenden Constit. Sicul. Lib. II. Tit. 39.

findet sich dieses Alter in einigen Handschriften des Schwabenspiegels als Termin der Mündigkeit[325]). Das Schwäbische Lehnrecht läßt vor diesem Alter Niemanden als Zeuge zu[326]); nach einigen Handschriften desselben gilt dies auch von der Fähigkeit Richter zu sein[327]), und wenn der Knabe gleich mit dem zurückgelegten 14. Jahre eidesmündig wird, so kann sein Vormund, wenn er will, doch noch, bis er das 18. Jahr zurückgelegt hat, Eide für ihn leisten[328]). Am häufigsten kommt aber das Alter von 18 Jahren als Mündigkeitstermin in den Stadtrechten vor[329]). Auch Landesrechte aus dem 16. Jahrhunderte lassen die Mündigkeit mit dem zurückgelegten 18. Jahre eintreten[330]). Ueberhaupt scheint im späteren Mittelalter fast überall, wo nicht sächsisches Recht galt oder das römische Recht in dieser Beziehung schon Eingang gefunden hatte, das Alter von 18 Jahren als Termin der Mündigkeit anerkannt zu sein. Daher hat auch wohl die goldene Bulle dieses Alter als Mündigkeitstermin für die Kurfüsten bestimmt[331]). Das Alter von 20 Jahren findet sich als Eintrittspunkt mehrerer Wirkungen der Mündigkeit schon in der Lex Wisigothorum, obschon die eigentliche Mündigkeit nach derselben schon früher eintritt[332]). Als eigentlicher Mündigkeitstermin kommt diese Altersstufe erst in späteren Rechtsquellen vor[333]). Nicht erweislich ist, daß das Alter von 24 Jahren jemals in der Art als Mündigkeitstermin gegolten hätte, daß die gewöhnliche Vormundschaft erst nach Erreichung dieses Alters aufhörte. Mehrere Rechtsquellen lassen aber manche, sonst mit der Mündigkeit verbundene, Wirkungen mit dem zurückgelegten 24. Jahre eintreten[334]).

---

325) Schwabensp. 327, 6.

326) Schwäb. Lehnr. 24, 3.

327) Schwäb. Lehnr. 138, 3 vgl. mit den Noten K und L hierzu in dem Corp. iur. German. von Senkenberg.

328) Schwäb. Lehnr. 23, 10 vgl. mit Note Z hierzu a. a. O. und mit dem Cod. Ambros. cap. 93.

329) Z. B. Lüb. Recht v. 1240 Art. 114. Hamburg. Stadtr. v. 1270 V, 3. (Damit stimmen überein die Statuten v. 1292 O. III. v. 1497 D. III. v. 1603 I. 8. 1; 9. 1. III. 1. 11. 13. Stad. Stat. v. 1279 St. 4, §. 3.) Brem. Stat. v. 1303 Art. 8 (damit stimmen überein die Stat. v. 1433 Stat. 17. Verden. Stat. 28 bei Pufendorf, Obs. iur. univ. App. I. 87.) Ordin. senat. Brunsvic. a. 1408 cap. 49. bei Leibnitz, Script. III. 461.

330) Reform. des bayer. Landrechtes v. 1518 Tit. 51, Art. 4. Dithmarſ. Landr. v. 1567 Art. 24 pr.

331) Goldene Bulle Cap. 7, §. 4.

332) L. Wisigoth. IV. 2. 13. IV. 3. 3.

333) Straßb. Stat. Art. 5. Augsburg. Stat. v. 1276 bei Freyb. S. 109. (Walch Bd. 4, §. 326.) Rigisch. Ridderr. Cap. 4. S. noch Mühlhäus. Stat. v. 1693 B. 4, Art. 35, §. 2. Auch nach mehreren französischen Coutumes und nordischen Rechten ist das Alter von 20 Jahren Anfangspunkt der Mündigkeit. S. die Citate bei Kraut Bd. 1, S. 137, N. 17.

334) So müssen nach dem Schwabensp. 14, 3 alle, welche in dem Gerichtsbezirke ein Haus oder Gut haben, mit diesem Alter das Landgericht besuchen; das kl. Kaiserrecht I, 10 fordert bei den Schöffen ein Alter von wenigstens 24 Jahren sowie auch (IV. 1.) bei denen, welche als Zeugen gegen einen Reichs-

Die Mündigkeitstermine von 15, 18, 20 und 24 Jahren sind, wie bemerkt, aus dem Streben hervorgegangen, den Eintritt der Mündigkeit weiter hinauszuschieben. Die Wahrheit dieser Behauptung läßt sich bei dem Termine von 18 Jahren am leichtesten beweisen. Daß zuvörderst dieser Termin in dem longobard. Rechte nicht der ursprüngliche gewesen, sondern erst durch König Liutprand eingeführt ist, erhellt nicht nur daraus, daß nach den Gesetzen des früheren Königs Rotharis die Mündigkeit mit dem zurückgelegten 12. Jahre eintritt, sondern es wird dies auch von Liutprand selbst ausdrücklich gesagt[335]. Auch in das schwäbische Recht ist der Termin von 18 Jahren erst später hineingekommen, wie sich daraus ergiebt, daß noch nach dem schwäbischen Lehnrechte[336]) die Lehnsmündigkeit mit dem zurückgelegten 13. Jahre eintritt und doch diese ursprünglich von der gewöhnlichen Mündigkeit nicht verschieden war. Die Stadtrechte, welche die Mündigkeit mit dem zurückgelegten 18. Jahre eintreten lassen, rühren alle aus einer Zeit her, wo das ältere teutsche Recht schon mannigfach modificirt worden war, und man darf daher aus ihnen, auch wenn sich nicht erweisen ließe, daß in der Stadt früher ein anderer Mündigkeitstermin galt, noch keinen Schluß auf dieses machen. Indessen läßt sich, wenigstens bei den meisten von ihnen auch dies beweisen. Am deutlichsten ergiebt sich dies aus den Braunschweiger Statuten[337]). Nicht so bestimmt ist für das Lübische Recht die spätere Entstehung des Mündigkeitstermines von 18 Jahren erweislich. Jedoch findet sich auch hierin noch eine Spur des Termines von 12 Jahren[338]). Daß auch in Hamburg und Bremen nicht von jeher die Mündigkeit mit dem zurückgelegten 18. Jahre eintrat, läßt sich daraus abnehmen, daß in diesen Städten, bevor sie eigene Statuten erhielten, das gemeine Sachsenrecht galt und nach diesem ein Knabe mündig wird, wenn er 12 Jahre alt ist. In Bayern scheint der Mündigkeitstermin von 18 Jahren erst durch die angeführte Stelle der Reformation des bayerischen Landrechtes eingeführt zu sein, da nach dem älteren bayerischen Landrechte die Mündigkeit mit dem zurückgelegten 14. Jahre eintritt[339]). Auch nach Dithmarsischem Rechte galt

---

bürger auftreten wollen; endlich kann nach dem Görlitzer Landrechte Cap. 47, §. 17 ein Mann, ehe er dieses Alter erreicht hat, sich unter Vormundschaft stellen, ohne dadurch seine Buße und sein Wehrgeld zu vermindern.

335) LL. Liutpr. 117. (6. 64.)

336) Schwäb. Lehnr. 23, 4.

337) Nach den Braunschweig. Stat. bei Leibnitz Script. III. 439. 48. trat ursprünglich die Mündigkeit mit dem zurückgelegten 12. Jahre ein. Jedoch galt schon zu der Zeit, wo sie niedergeschrieben wurden, der Grundsatz, daß ein Kind, bevor es 18 Jahre alt geworden, keine Vergabungen machen dürfe. Braunschw. Stat. ebd. (bei Spangenberg S. 567, Art. 28). Zuletzt ließ man dann auch die übrigen Wirkungen der Mündigkeit erst mit dem zurückgelegten 18. Jahre eintreten.

338) Inst. Lubec. a. 1158. bei Westphalen. 3. 631. art. De rixa puerorum.

339) Bayer. Landr. bei Heumann p. 85. 4. p. 138. 1.

nicht von jeher der Mündigkeitstermin von 18 Jahren [340]). Bei einer genaueren Vergleichung des Mündigkeitstermines von 18 Jahren mit dem, welcher früher in den Rechten, in welchen er vorkommt, galt, findet sich, daß er fast überall aus dem Mündigkeitstermine von 12 Jahren entstanden ist, also dadurch, daß man die Grundzahl 12 um die Hälfte vergrößerte. Ebenso läßt sich bei der Gleichförmigkeit, welche das ältere teutsche Recht in den Zahlenverhältnissen beobachtete, vermuthen, daß der Mündigkeitstermin von 15 Jahren auf gleiche Weise aus dem von 10 Jahren durch Hinzufügung der Hälfte der Grundzahl hervorgegangen sei. Erweislich ist dies aber nicht, weil unsere Rechtsquellen nicht bis zu der Zeit hinaufreichen, zu welcher diese Veränderung sich ereignete. Auch weicht das angelsächsische Recht von dieser Stufenfolge ab, indem es von dem Mündigkeitstermin von 10 Jahren zu dem von 12 Jahren übergegangen ist. Jedenfalls kann aber der Mündigkeitstermin von 15 Jahren nicht für einen ursprünglichen gehalten werden, weil es sehr unwahrscheinlich ist, daß einige Rechte in Vergleichung mit anderen so unverhältnißmäßig spät die Mündigkeit hätten eintreten lassen sollen. Die Entstehung des Termines von 12 Jahren wird in dem kleinen Kaiserrechte, wohl mit Recht, aus einer Verdoppelung des von 12 Jahren erklärt [341]). Hiernach ist wohl auch der Termin von 20 Jahren ursprünglich aus einer Verdoppelung des von 10 Jahren entstanden. Eine sich mehr an das ältere Recht anschließende Hinausschiebung der Mündigkeit war, daß man diese später bisweilen erst mit dem Alter von 13 Jahren eintreten ließ [342]). Dies ist wahrscheinlich auf folgende Art geschehen. Nach dem früher Bemerkten konnte dem Knaben erst, wenn er Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit nicht gemuthet hatte, sein elterliches Lehn von dem Lehnherrn genommen werden. Es stand daher in der That in seinem Willen, ob er schon vor Ablauf dieser Frist Lehnsdienste thun wollte, und seitdem diese Dienste lästig geworden waren, trat er wohl selten früher in das Vasallenheer ein. Da er auch die anderen Vortheile, welche er während der Unmündigkeit genossen hatte, erst nach Ablauf derselben Frist verlor, so war es gewiß schon früh im gemeinen Leben sehr gewöhnlich, einen Knaben erst dann als mündig zu betrachten, wenn er 12 Jahre, Jahr und Tag alt war. Sehr natürlich war es daher, daß man, als man später sich bestrebte, die Zeit der Unmündigkeit weiter hinauszuschieben, hier und da dies benutzte und auch in rechtlicher Beziehung den Eintritt der Mündigkeit bis zum zurückgelegten 13. Jahre hinausschob, so daß nun erst mit diesem die im älteren Rechte schon mit dem zurückgelegten 12. Jahre verbunden gewesenen Wirkungen eintraten. Der Knabe hatte daher jetzt, wenn er 13 Jahre

---

340) Dies ergiebt sich aus einer Vergleichung des Dithmarſ. Landr. v. 1447 §. 192 mit dem Dithmarſ. Landr. v. 1567 Art. 24 pr.

341) Kl. Kaiserr. 2, 17.

342) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9 (bei **Walch** Bd. 1, S. 99 flg.).

erreicht hätte, noch Jahr und Tag Zeit, um seine Güter einzufordern[343]). Daher wurde ein Kind jetzt auch erst nach zurückgelegtem 13. Jahre lehnbar[344]). Außer durch das Streben, den Eintritt der Mündigkeit überhaupt weiter hinauszuschieben, wurde diese Erweiterung der Unmündigkeit wohl auch dadurch bewirkt, daß man später, gestützt auf die Auslegung, welche dem kanonischen Rechte[345]) und dem longobardischen Lehnrechte[346]) gegeben wurde, ein Kind erst mit zurückgelegtem 14. Jahre als eidesmündig betrachtete. Denn, da es bei der Belehnung den Lehenseid schwören mußte, so war vor diesem Alter auch eine Belehnung desselben nicht zulässig. Man half sich daher dadurch, daß man es erst mit zurückgelegtem 13. Jahre als lehensmündig ansah und da erst Jahr und Tag nachher die Belehnung erfolgte, so war es bei dieser schon vollkommen eidesmündig[347]). — Der Weg, den andere Rechte einschlugen, um der aus dem so frühen Eintritte der Mündigkeit in dem älteren Rechte entstehenden Gefahr vorzubeugen, bestand darin, daß sie zwar den älteren Mündigkeitstermin beibehielten und bei dessen Eintritt die Vormundschaft fortwährend dem Rechte nach aufhören ließen, dem mündig gewordenen Knaben aber gestatteten, wenn er sich selbst noch nicht für selbstständig genug hielt, noch einige Zeit unter Vormundschaft zu bleiben[348]). Die Zeit, während welcher der mündige Jüngling noch einen Vormund haben durfte, stand aber nicht in seinem Belieben, sondern war rechtlich begrenzt. Diese Grenze bildet, wie früher bemerkt wurde, nach dem Sachsenspiegel das Alter von 21, nach dem Görlitzer Lehnrechte das von 24 Jahren. Das Görlitzer Lehnrecht bezeichnet die zwischen dem Eintritte der Mündigkeit und diesem Alter mitten inne liegende Zeit durch den Ausdruck: Jugend; der lateinische Text desselben, der vetus auctor de beneficiis, durch den Ausdruck: adolescentia[349]). Für die eigentliche Unmündigkeit dagegen gebrauchen diese Rechtsquellen andere Ausdrücke[350]). Einen eben so genauen Sprachgebrauch haben der Sachsenspiegel und die ihm verwandten Rechtsquellen zur Unterscheidung beider Altersstufen. Zur Bezeichnung der Mündigkeit bedienen sie sich der Redensart: zu seinen Jahren gekommen sein; zur Bezeichnung des Alters, bis zu welchem der Jüngling noch einen Vormund

343) Schwäb. Lehnr. 28, 2. Augsburg. Stat. bei Walch Bd. 4, Art. 240.

344) Schwäb. Lehnr. 23, 4.

345) Can. 14. 15. 16. Caus. XXII. qu. 5.

346) II. Feud. 26. §. 11. und die Glosse dazu.

347) Schwäb. Lehnr. (23, 9). Cod. Ambros. 93. Ebd. 24, 2.

348) Dies ist am deutlichsten ausgesprochen im sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 1. Görlitz. Lehnrecht §. 65. Görlitz. Landr. Cap. 47, §. 17 a. Alt. Culm. Recht 4, 106. Erfurt. Stat. v. 1306 §. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 99). Coustumes de Limbourg art. 101. bei Christyn p. 1382.

349) Görlitz. Lehnr. a. a. O. Vet. auct. de benef. Cap. I. §. 64.

350) So das Görlitz. Lehnrecht die Ausdrücke: Kindheit (Cap. 18, §. 65), kindliche Jahre (Cap. 18, §. 71). Der vetus auctor die Ausdrücke: puerilis aetas (Cap. I. §. 71. 79.), puerilis terminus (Cap. I. §. 68.), anni pueriles (Cap. I. §. 78.).

haben darf, der Redensart: zu seinen Tagen gekommen sein[351]). Die Rechtsquellen, in welchen der Eintritt der Mündigkeit auf ein reiferes Alter hinausgeschoben ist, kennen den Unterschied zwischen diesen Altersstufen nicht und gebrauchen daher jene Redensarten durch einander zur Bezeichnung der Mündigkeit. Hieraus, in Verbindung mit dem Umstande, daß auch in Sachsen dieser Unterschied schon ziemlich früh verschwand (wovon später) und daß bei der großen Aehnlichkeit beider Redensarten der Rechtssprache Unkundige sie leicht verwechseln konnten, erklärt sich auch wohl, daß in vielen entweder außerhalb Sachsens oder in späteren Zeiten geschriebenen Handschriften des Sachsenspiegels beide Redensarten durcheinander geworfen werden. Nicht recht erklärlich ist, wie man dazu gekommen ist, gerade das Alter von 21 Jahren, welches auch sonst als Zeit des Eintrittes größerer Selbstständigkeit vorkommt[352]) und in Frankreich und England im Mittelalter den gewöhnlichen Mündigkeitstermin bildete[353]), als Grenzpunkt anzunehmen. Kraut folgert aus der Geschichte der Entstehung dieses Termines, daß er in Teutschland nicht, wie Einige annehmen, auf die Weise aus dem Mündigkeitstermine von 20 Jahren hervorgegangen sein könne, wie der 13jährige aus dem von 12 Jahren. Auch kommt allerdings bei den 21 Jahren nie die Zugabe des Tages oder der 6 Wochen und 3 Tage vor. Da es der Willkür des mündigen Knaben überlassen war, ob er überhaupt noch einen Vormund haben wollte oder nicht, so stand es auch wohl, so lange dieser Grundsatz noch galt, in seinem Belieben, ob er den gewählten Vormund bis zu der Zeit, wo er zu seinen Tagen kam, behalten oder schon früher entlassen wollte. Gewöhnlich scheint es nicht gewesen zu sein, daß er von dieser Erlaubniß Gebrauch machte, sondern meistens behielt er wohl den Vormund bis zu jenem Termine. Auch war es in den späteren Zeiten gewiß nur sehr selten, daß er keinen Vormund annahm. Wenigstens drücken sich die meisten Rechtsquellen über das Recht des mündigen Knaben, sich einen Vormund zu wählen, so aus, daß die stillschweigende Voraussetzung sichtbar ist, er werde die Ausübung dieses Rechtes nicht unterlassen. Bei später zunehmender Verwickelung der Rechtsverhältnisse aber wurde es nicht mehr dem Belieben des zu seinen Jahren Gekommenen überlassen, ob er unter Vormundschaft stehen wollte, sondern man machte es ihm zur Pflicht, sich, bis er zu seinen Tagen gekommen sein würde, einen Vormund zu wählen, und erklärte die Rechtsgeschäfte, welche er während dieser Zeit ohne

---

351) Am deutlichsten ist dieser Gegensatz ausgesprochen im sächs. Landrechte B. 1, Art. 42, §. 2. Sächs. Lehnr. 26 (28). Const. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 39.

352) Schwabensp. 1, 4.

353) Urk. v. 1214 bei du Cange, Gloss. med. et inf. Latin. s. v. Aetas plena. LL. Normannor. cap. 32. §. 10. Glaurilla. 7. 9. Fleta Lib. I. cap. 9. §. 4. In England gilt dieser Mündigkeitstermin noch jetzt.

Vormund etwa vornahm, für ungiltig[354]. Von dieser Zeit an mußte daher ein Kind so lange als unmündig gelten, bis es zu seinen Tagen gekommen war, und da man bisher gewohnt war, die Ausdrücke: „zu seinen Jahren gekommen sein" und „mündig sein" als gleichbedeutend zu betrachten, so wurde natürlicher Weise nun auch der ursprüngliche Unterschied zwischen den Redensarten: „zu seinen Jahren" und „zu seinen Tagen gekommen sein" nicht mehr genau beachtet, sondern man bediente sich beider zur Bezeichnung der Mündigkeit[355]. Nur hinsichtlich der Lehnsvormundschaft behielt man anfangs allgemein den älteren Mündigkeitstermin, welcher von nun an als dem Lehnwesen eigenthümlich betrachtet wurde, so daß man auch die Lehnsmündigkeit von der gewöhnlichen Mündigkeit nach Landrecht unterschied[356]. Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung, daß die gedachten Aenderungen in dem Termine der Mündigkeit nicht in ganz Teutschland auf Einmal sich ereignete, sondern daß man in einigen Gegenden früher, in anderen später das ältere Recht verließ. Noch im 15. und sogar im 16. Jahrhundert behielt man in einigen Gegenden den älteren Mündigkeitstermin von 12 Jahren bei[357].

4) Einfluß des römischen Rechtes und heutiges Recht. Da nach dem früher Bemerkten mehrere der in Teutschland geltenden Mündigkeitstermine dem der römischen Pubertät sich sehr näherten, und andererseits auch der Unterschied, welchen manche teutsche Rechtsquellen zwischen dem „zu seinen Jahren" und „zu seinen Tagen gekommen sein" machten, dem römischen Unterschiede zwischen pubertas und maior aetas sehr ähnlich war, so kann es nicht auffallen, daß das römische Recht in dieser Beziehung schon früh Einfluß auf das teutsche erlangte. Auch das Justinianeische Recht hat noch den Grundsatz, daß nur impuberes nothwendig unter Tutel stehen müssen, minores hingegen nur zu einzelnen Geschäften eines Curators bedürfen, einen allgemeinen Curator aber nur dann erhalten, wenn sie sich einen solchen erbitten[358]. In dieser letzteren Beziehung scheint man aber das römische Recht in Teutschland ursprünglich allgemein so ausgelegt zu haben,

---

354) Const. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 39. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 148 flg.

355) Dies geschieht namentlich schon von der Glosse zum Sachsenspiegel, indem sie dessen Worte (B. 1, Art. 42, §. 2): „Swenne ein kint zu sinne jaren kumt", erklärt durch: „Dat is ein u. twintich jar."

356) Dies findet sich schon in einem späteren Einschiebsel zum sächs. Landr. (B. 1, Art. 23, §. 2) so lautend: „Al si ein kint zu lenrechte zu sinne jaren kommen, sin rechte vormunde sol ez doch an sime gute versten zu sime nuzze" u. s. w. Spuren davon finden sich noch in einzelnen sächsischen Landesgesetzen. Goth. Landesordnung P. II. Cap. 3, Tit. 2, vgl. mit N. Beif. z. goth. LO. Th. 1, S. 56. Goth. Lehnsmandat v. 6. Jan. 1800 §. 25. Altenb. Lehensmandat v. 5. Juni 1795 Cap. 1, §. 8. Vgl. Heimbach, Lehrbuch des sächs. Privatr. §. 75, N. 1.

357) S. die bei Kraut Bd. 1, S. 150 dafür beigebrachten Zeugnisse.

358) Vgl. die Artikel Cura Bd. III, S. 147 flg.

daß auch puberes bis zur maior aetas nothwendig einen Vormund haben müßten und daß in dieser Hinsicht der Unterschied zwischen impuberes und puberes unter 25 Jahren nur darin bestehe, daß bei den ersteren schon das Gesetz bestimme, wer die Vormundschaft über sie zu führen habe, wogegen die letzteren ihren Vormund sich selbst wählen dürften. In dieser Gestalt findet sich das römische Recht schon im Schwabenspiegel[359]). Zu dieser Auslegung des römischen Rechtes scheint der Umstand nicht wenig beigetragen zu haben, daß in den Gegenden, wo es zuerst zur Anwendung kam, die früheren Termine der Mündigkeit schon längst verschwunden waren und man daher, hätte man es in seiner Reinheit anwenden wollen, mit den geltenden Rechtsansichten in Widerspruch getreten und einen Rückschritt gemacht haben würde, während, wenn es in jener Auslegung angewendet wurde, man auf dem einmal betretenen Wege, die Mündigkeit weiter hinauszuschieben, nur fortging und sich ihnen, vielleicht ohne Bewußtsein davon, nur anbequemte. Wo die Mündigkeit mit dem Alter von 18 Jahren eintrat, durften anfangs wohl Jünglinge, welche dieses Alter erreicht hatten, sich nicht noch eine Zeit lang freiwillig unter Vormundschaft stellen. Allein auch hier fand man, daß ein Kind für die verwickelter gewordenen Rechtsverhältnisse zu früh mündig wurde. In der That trieb daher das Bedürfniß dazu, sich auch hier an das römische Recht nach der ihm damals gegebenen Auslegung insofern anzuschließen, daß man zwar die gewöhnliche Vormundschaft mit dem zurückgelegten 18. Jahre des Mündels aufhören ließ, aber forderte, daß er noch bis zu seinem 25. Jahre einen Vormund habe. Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung eine Stelle des Lüb. Rechtes[360]). Für die Anerkennung dieses Grundsatzes in einem weiteren Kreise spricht der Schwabenspiegel[361]). Später schlossen sich aber mehrere Rechtsquellen insofern enger an das römische Recht, daß die puberes wider ihren Willen keine Vormünder erhalten sollten, sondern es ihnen überlassen blieb, ob sie sich einen Curator erbitten wollten oder nicht[362]). Gemeinrechtlich ist dieser Grundsatz aber nie geworden. Vielmehr befehlen die das gemeine Recht bildenden Reichspolizeiordnungen[363]): „daß den Pupillen und minderjährigen Kindern

---

359) Dies ergiebt die Vergleichung folgender Stellen dieses Rechtsbuches: Cap. 319, §. 11. Cap. 320, §. 11. (Cap. 320, §. 9.) Cod. Ambras. 54. (Ausg. von Wackernagel S. 51.) Die erste Stelle lautet: „Es mag keyn kind unter den vierzehen jaren on seinen pfleger nicht getun das do stät sein möge"; die zweite: „Eyn yegklicher jüngeling soll pfleger haben suncz er fünff u. zweynzig jar alt wirdt, dyeweyl sol er nichcz thun on seynen pfleger mit seynem gutte"; die dritte: „Als der kneht ze vierzehen jaren kumt, er nimet wol einen anderen pfleger."

360) Lüb. Recht v. 1240 Art. 204, 205.

361) Schwabensp. 327, 6, 7: „Wenn eyn man kommet czu achzehen jaren — auff fünff u. czweinszig jar."

362) Z. B. Frankfurt. Reform. VII, 8, §. 1. Ostfries. Landrecht Lib. II. Cap. 217, §. 2. Cap. 232, §. 2.

363) Reichspol. Ordn. v. 1548 Tit. 31, §. 1. v. 1577 Tit. 32, §. 1.

jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder — gegeben werden." Da es also in Teutschland nicht von der Willkür des minor abhing, ob er einen beständigen Vormund haben wollte, sondern jeder bis zu seiner maior aetas stets unter Vormundschaft stehen mußte, so konnten da, wo die römischen Altersstufen galten, mündig in der eigentlichen Bedeutung dieses Ausdruckes nur diejenigen heißen, welche die maior aetas erreicht oder venia aetatis erlangt hatten, und Unmündige hießen daher ebensowohl die minores als die impuberes. Daher entspricht es dem teutschen Sprachgebrauche nicht und stimmt auch weder mit der Sprache des gemeinen Lebens, noch mit der Terminologie der älteren teutschen Gesetze überein, wenn die neueren Juristen **mündig** denjenigen nennen, welcher die römische Pubertät erreicht hat und dagegen die römische maior aetas durch die Ausdrücke: Volljährigkeit oder Großjährigkeit bezeichnen. Wenigstens sollte dabei immer genau angegeben werden, ob man die römische oder teutsche Mündigkeit im Sinne habe. Auch die letztere wird durch den Ausdruck: Volljährigkeit passend bezeichnet, wie sich daraus ergiebt, daß in der älteren Sprache ein mündiges Kind ein zu seinen Jahren gekommenes oder auch schlechthin ein gejahrtes oder jähriges heißt. Die Frage, ob deshalb, weil jeder bis zu seiner maior aetas einen Vormund haben muß, der römische Unterschied zwischen impuberes und minores XXV annis ohne Wirkungen sei, ist weiter unten zu beantworten. — Die Altersstufen des römischen Rechtes verdrängten, seit dasselbe in Teutschland bekannt wurde, die teutschen nicht mit Einem Male, sondern sie wurden zum Theil neben diesen angenommen, so daß bei teutschen Verhältnissen die teutschen Altersstufen bestehen blieben, bei römischen dagegen auch die römischen zur Anwendung kamen [364]). Je mehr das römische Recht in Teutschland vordrang, desto häufiger rückte man die Mündigkeit bis zu dem Alter von 25 Jahren hinaus, so daß diese Altersstufe jetzt schon seit langer Zeit als gemeinrechtlicher Termin derselben zu betrachten ist. Indessen finden sich doch in den Particularrechten auch noch manche andere Termine der Mündigkeit, welche aber nur zum Theil noch die des älteren teutschen Rechtes sind. Denn fast überall fand man später die frühen Termine desselben zu dem veränderten Rechtszustande für unpassend, und wenn man daher auch den Termin von 25 Jahren nicht

364) Einen Hauptbeleg dazu giebt die Glosse zum sächs. Landr. B. 1, Art. 23 (vgl. auch Glosse zum sächs. Lehnr. Cap. 26). Diese unterscheidet nämlich erstens die Lehensmündigkeit, welche mit dem zurückgelegten 12. Jahre eintritt, zweitens die Testamentsmündigkeit, welche ein Kind mit dem Alter von 14 Jahren erlangt; drittens das Alter von 18 Jahren, welches zur Freilassung eigener Leute verlangt wird; viertens die gewöhnliche Mündigkeit, welche mit dem Alter von 21 Jahren eintritt, endlich die Mündigkeit nach Kaiserrecht, welche das Kind mit dem Alter von 25 Jahren erlangt. Nicht weniger mannigfaltig sind die im Schwabenspiegel vorkommenden Altersstufen; s. v. d. **Lahr**, Gloss. z. Schwabensp. s. v. **Tage** S. 90 flg.

annahm, so näherte man sich ihm doch wenigstens[365]). Hieraus erklärt sich, daß der Mündigkeitstermin von 15 Jahren nirgends mehr vorkommt[366]) und daß auch der Termin von 18 Jahren wohl nur noch bei dem hohen Adel sich findet. Nur der Termin von 21 Jahren hat sich erhalten und findet sich nicht nur fast überall, wo der Sachsenspiegel gilt[367]), sondern auch in anderen Gegenden[368]). — So unverkennbar durch die Erweiterung der Unmündigkeit bis zum Alter von 25 Jahren für die Sicherstellung der Unmündigen sehr gut gesorgt ist, so ist doch auf der anderen Seite diese zu lange Dauer der Unmündigkeit ein großes Hemmniß des Verkehrs und eine zu große Belästigung der Staatsbürger, welche so lange die Vormundschaft führen müssen, häufig auch für die Unmündigen selbst im hohen Grade lästig und nachtheilig, welche oft lange vor dem Alter von 25 Jahren Verstand genug besitzen, um ihren eigenen Angelegenheiten selbst vorzustehen. In den Gegenden, wo der Termin von 21 Jahren gilt, klagt man nicht über einen zu frühen Eintritt der Mündigkeit. Auch haben die neueren Gesetzgebungen sämmtlich einen früheren Termin als den von 25 Jahren angeordnet[369]).

5) Mündigkeit bei Frauenspersonen und allgemeine Bemerkungen über Mündigkeit überhaupt. Zwar kann bei Frauenspersonen, so lange noch der Grundsatz galt, daß jedes Weib auf Lebenszeit unter Vormundschaft stehen müsse, von einer eigentlichen Mündigkeit nicht die Rede sein; es wird doch aber auch bei ihnen in einigen älteren Rechtsquellen der Erreichung einer gewissen Altersstufe eine rechtliche Bedeutung beigelegt. So können, wie früher bemerkt wurde, nach longobard. Rechte, nach den älteren Lübischen und Mühlhäuser Statuten Frauenspersonen mit dem Alter von 12 Jahren sich giltig verheurathen. Als später die Geschlechtsvormundschaft in

365) Belege hierzu s. bei Kraut Bd. 1, S. 157, N. 14.

366) Unter den späteren Rechtsquellen nähern sich ihm am meisten die Tiroler Landesordnung v. 1532 B. 3, Art. 52 u. Henneb. Landesordn. v. 1539 III, 6, 8, nach welchen die Vormundschaft aufhören soll, wenn der Pflegling 16 Jahre alt ist; jedoch soll er, wenn er dann noch nicht zur eigenen Verwaltung seines Vermögens geschickt genug ist, bis zum 25. bezüglich 24. Jahre einen Curator erhalten.

367) Z. B. im Königreiche Sachsen, s. Haubold, kgl. sächs. Privatrecht §. 52, in den thüringischen Staaten, und zwar selbst in solchen von sächsischen Fürsten beherrschten Ländern, in deren einzelnen Gebieten der Sachsenspiegel nicht gilt, s. Heimbach, sächs. Privatr. §. 75, N. 2 und die zahlreichen daselbst angeführten Gesetze; in Holstein, s. Schrader, Handbuch der vaterl. Rechte Bd. 1, S. 356 flg., in der Stadt Lüneburg, s. Lüneb. Reform. Th. 2, Tit. 1, §. 2.

368) Bayer. Landr. v. 1616 Tit. 5, Art. 5. Cod. Maxim. Bavar. civ. Th. 1, Cap. 7, § 36. Cod. civil. §. 388. 488. u. bad. Landrecht, Frankf. Gesetz v. 8. Juli 1817. In Dithmarsen wurde durch Verordnung v. 27. Juli 1774 der Mündigkeitstermin von 18 Jahren aufgehoben und dafür der von 21 Jahren eingeführt.

369) Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 696. Oesterr. bürgerl. Gesetzb. §. 21. Cod. civil art. 388. 488.

einigen Gegenden ganz aufhörte oder doch sehr viel von ihrer ursprünglichen Strenge verlor, werden auch bei Weibern Mündigkeitstermine erwähnt. Diese hatten eben da, wo letzteres der Fall war, dann meistens nur die Bedeutung, daß die Frauensperson, wenn sie diesen Termin erreicht hatte, ihr Vermögen selbst verwalten konnte und nur noch zu einigen Geschäften eines Vormundes bedurfte [370]). Bisweilen waren die Mündigkeitstermine dieselben wie bei den Männern [371]). Weit häufiger trat aber bei den Weibern die Mündigkeit früher ein als bei den Männern [372]) und nur selten findet sich das Umgekehrte [373]). In späterer Zeit ist in den meisten Rechtsquellen auch bei den Weibern der römische Termin der Pubertät von 12 Jahren angenommen [374]); die Vormundschaft hörte aber mit dessen Eintritt ebensowenig auf, wie bei den Männern, sondern dauerte ebenso wie bei diesen bis zum 25. Jahre fort. Auch bei den Teutschen wurde übrigens, wie bei den Römern, das Alter nicht von der Zeit der Empfängniß, sondern von der Zeit der Geburt an berechnet [375]). Ueber die Art, wie das Alter des Kindes bei einem darüber entstehenden Streite zu beweisen und darüber, wer den Beweis hierbei zu führen habe, enthält das ältere teutsche Recht sehr genaue Regeln [376]), welche jedoch bei der jetzt geltenden gänzlich veränderten Beweistheorie des fremden Rechtes natürlich nicht mehr anwendbar sind. Für den Fall, daß das Alter eines Knaben überhaupt unbekannt ist, schreibt der Sachsenspiegel körperliche Untersuchung vor und bestimmt gewisse Zeichen, aus denen, wenn sie sich vorfinden, entnommen werden soll, daß er zu seinen Tagen gekommen sei [377]). Liest man in dieser Stelle mit der Berliner und den meisten bisher verglichenen Handschriften „tagen", so scheinen jene Zeichen sehr trüglich zu sein, da sie bei den meisten Knaben wohl schon vor dem 21. Jahre vor-

370) Dies findet sich z. B. schon im sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 2 und im Schwabensp. 313, 2. Vgl. damit sächs. Landr. B. 1, Art. 46 u. Schwabensp. 313, 4.

371) Z. B. nach den Straßburg. Stat. Art. 5.

372) So werden nach den Coustumes de Limbourg art. 195. 196. bei Christyn p. 1392. die Knaben mit 15 Jahren mündig, die Mädchen mit 14; nach den Leobschütz. Stat. bei Böhme 2, 18, Abs. 4 die Knaben mit 15, die Mädchen mit 13 Jahren; nach den Brem. Stat. v. 1303 Art. 8 u. v. 1433 Stat. 17 und den Verden. Stat. 28 die Knaben mit 18, die Mädchen mit 15 Jahren; nach den Allstedt. Stat. bei Walch Bd. 1, S. 243 die Knaben mit 18, die Mädchen mit 16 Jahren.

373) Kl. Kaiserr. 2, 17.

374) Schon der Schwabenspiegel 319, 10. 300, 5. 386, 5. 271, 3 u. 5 hat diesen Termin.

375) Sächs. Lehnr. 26 (28). S. noch schwäb. Lehnr. 23, 7. Goslar. Stat. S. 18, Z. 7, 8.

376) Die hierauf bezüglichen Stellen der Rechtsquellen führt an Kraut Bd. 1, S. 162, N. 8.

377) Sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 1: „Swilches mannes alter man nicht en weiz, hat her har in deme barte und nidene und under iclichem arme, so sal man wizzen, daz her zu sinne tagen komen ist."

kommen. Erwägt man ferner, daß, wenn jene Zeichen von Gewicht sein sollen, daraus hervorgehen muß, daß der, bei welchem sie vorkommen, wenigstens schon das in Frage stehende Alter habe, damit selbst, wenn sie bei einer einzelnen Person außerordentlich früh eintreten sollten, doch auch bei dieser jener Schluß gelten könne, so scheint mit Kraut die Lesart anderer Handschriften „jaren" vorgezogen und also angenommen werden zu müssen, daß aus dem Vorhandensein derselben auf das Alter von 12 Jahren geschlossen werden soll. Dafür spricht auch, daß andere Rechtsquellen diese Zeichen zum Beweise der Lebensmündigkeit verlangen[378]) und daß auch nach dem Schwabenspiegel[379]) aus ihnen geschlossen werden soll, daß der Knabe 14 Jahre oder älter sei. Letzterer fügt noch ausdrücklich hinzu (271, 8), daß bei Jungfrauen eine solche körperliche Untersuchung nicht stattfinden dürfe. Die Unzulässigkeit derselben bei diesen auch nach den übrigen genannten Rechtsquellen folgt nicht blos daraus, daß dieselben nur von Knaben sprechen, sondern auch daraus, daß sie bei dem weiblichen Geschlechte überhaupt keine Mündigkeit kennen. Es könnte, da auch die Römer bei Knaben die Pubertät nach solchen Zeichen beurtheilten[380]) und diese für die teutschen Altersstufen eigentlich nicht passen, vermuthet werden, daß die teutschen Rechtsquellen hier aus dem römischen Rechte geschöpft haben. Dagegen spricht wieder auf der anderen Seite, theils daß schon im Sachsenspiegel, bei welchem doch die Vermuthung für den echt teutschen Ursprung seines Inhaltes streitet, diese Lehre steht, theils daß das Justinianeische Recht, wie aus der angeführten Institutionenstelle hervorgeht, die körperliche Besichtigung behufs der Ermittelung der Pubertät ausdrücklich verworfen hat und die teutschen Rechtsquellen der mittleren Zeit doch das, was sie vom römischen Rechte enthalten, nur aus der Justinianeischen Rechtssammlung entlehnt haben. —

BB. Gründe, aus welchen Jemand Vormund wird, nach älterem teutschen Rechte. 1) Allgemeine Rechtsregel. In Bezug auf den Grund, aus welchem Jemand Vormund werden kann, kennt das ältere teutsche Recht dreierlei Arten von Vormündern. Jener Grund liegt nämlich entweder in einer allgemeinen Rechtsregel oder in einer Anordnung des Mündels selbst oder dessen bisherigen Vormundes oder endlich in einer Verfügung der obervormundschaftlichen Behörde. Im ersten Falle heißt der Vormund ein rechter, und wenn er ein Verwandter des Mündels ist, auch ein geborener Vormund, im zweiten ein gekorener Vormund und, wenn er durch eine Anordnung des bisherigen Vormundes des Mündels zur Vormundschaft berufen ist, ein gemachter Pfleger, im dritten Falle endlich ein Vormund von Gerichts halben

378) Schwäb. Lehnr. 23, 13. Glosse zum sächs Lehnr. 26.
379) Schwabensp. 271, 7.
380) Pr. Inst. I. 22.

oder ein gegebener Vormund[381]). — Nach dieser vorläufigen Uebersicht ist nun der erste Grund, die allgemeine Rechtsregel, näher zu betrachten. Was die Frage anlangt, wer rechter Vormund eines Unmündigen sei, so kann, so lange dessen Vater noch lebt und sein Vormund zu sein fähig ist, ein dritter nur dadurch, daß der Vater die Vormundschaft an ihn abtritt, Vormund des Unmündigen werden. Ferner ist nicht zu leugnen, daß nach einigen Rechtsquellen auch die Mutter nach des Vaters Tode die Vormundschaft über die Kinder führt oder diese doch wenigstens, so lange sie lebt und sich nicht wieder verehelicht, keinen anderen Vormund haben. Es ist davon bereits an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[382]). Hier ist die Frage zu beantworten, wer in dem ersten Falle nach dem Tode des Vaters und im zweiten nach dem Tode beider Eltern oder wenn die Mutter wieder heurathet, Vormund des Unmündigen werde. Diese Frage läßt sich in Ansehung aller Klassen von Unmündigen dahin beantworten: in beiden Fällen wird der nächste Schwerdtmage des Unmündigen, d. i. sein nächster männlicher Verwandter durch Männer oder Agnat im neueren Sinne und bei dem Vorhandensein mehrerer gleich naher Schwerdtmagen, der älteste unter ihnen, Vormund desselben[383]). Auch eines Erschlagenen Vormund ist sein nächster Schwerdtmage[384]). Demnach läßt sich der Satz aufstellen: derselbe Verwandte, welcher, wenn Jemand erschlagen ist, als Vormund des Todtschlages für ihn aufzutreten hat, ist auch, wenn er bei seinem Leben eines Vormundes bedarf, sein rechter Vormund. In Bezug auf die Frage, wer in Ermangelung von Schwerdtmagen die Vormundschaft zu führen habe, finden sich zwei verschiedene Systeme in den teutschen Rechtsquellen, indem nach einigen dann diese auf die Cognaten übergeht, nach anderen hingegen der Richter mit Ausschluß derselben einen Vormund zu bestellen hat. Letzteres System kommt namentlich in dem sächsischen und in dem ältesten Lüb. Rechte vor. In den lateinischen Handschriften des letzteren heißt es nämlich:

---

381) Der Ausdruck: rechter Vormund kommt vor in den Brem. Stat. v. 1303 Art. 8, 9. Magdeb. Recht v. 1304 Art. 134 (Gaupp S. 315). Magdeb. Fragen I, 8, 10; geborener Vormund in den Brem. Stat. v. 1303 Art. 8. Asegab. bei Pufendorf 3. 87. art. 22.; gekorener Vormund im Richtst. Landr. B. 2, Art. 2. Brem. Stat. v. 1303 Art. 8. Asegab. bei Pufendorf l. c. Const. de tutor. der Stadt Hörter bei Wigand, Archiv I, 3, 38. Lüb. Recht Cod. Brok. III. 353.; gemachter Pfleger im Schwabenspiegel 325; Vormund von Gerichts halben im sächs. Landr. B. 1, Art. 47; gegebener Vormund im Richtst. Landr. 43.

382) Vgl. den Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 85 flg.

383) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23. L. Saxon. Tit. 7. §. 5. Erfurt. Stat. v. 1306 §. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 99). Richtst. Landr. Cap. 43. Goslar. Stat. S. 16, Z. 29, 30.

384) L. Angl. et Werin. VI. 1. 3. Verm. Sachsensp. I, 33 pr. Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 98, Nr. 1. Hiermit stimmen überein Magdeb. Fragen III, 1, 9. Alt. Culm. Recht 3, 27; vgl. auch Schöffenurth. bei Böhme 6, 108 unten; s. noch Glosse z. sächs. Landr. B. 2, Art. 14, §. 2.

Quicunque mundibardius debet fieri, de latere gladii debet processisse [385]). Der Sachsenspiegel enthält zwar keinen ausdrücklichen Beleg dafür; allein da er immer nur von der Vormundschaft der Schwerdtmagen redet, so ist klar, daß er eine Vormundschaft der mütterlichen Verwandten nicht anerkennt. Deutlicher drücken sich darüber die späteren Erweiterungen dieses Rechtsbuches aus [386]). Der etwa noch übrig bleibende Zweifel wird durch diejenigen Stellen der Rechtsquellen gehoben, welche, wenn kein Schwerdtmagen vorhanden ist, den Richter verpflichten, sogleich den Unmündigen, ohne daß dabei auf das Dasein mütterlicher Verwandter Rücksicht genommen würde, einen Vormund zu setzen [387]). Auch in anderen Rechtsquellen kommt dieses System vor [388]). Das andere System, nach welchem in Ermangelung von Schwerdtmagen die Vormundschaft auf die Cognaten übergeht, findet sich im Schwabenspiegel, im späteren Lüb. Rechte und in den Augsburg. Statuten [389]). Abweichend von allen übrigen Rechtsquellen sind die Willküren der Brockmänner insofern, als nach ihnen der nächste Verwandte des Unmündigen überhaupt über diesen die Vormundschaft zu führen hat und nur, wenn die Verwandten von mütterlicher und väterlicher Seite gleich nahe sind, die letzteren den Vorzug haben, ohne daß selbst in diesem Falle etwas darauf anzukommen scheint, ob sie Schwerdtmagen sind oder durch Weiber mit dem Vater des Mündels zusammenhängen [390]). — Vormünder von Frauenspersonen. Die Frauenspersonen befanden sich nur so lange unter der Vormundschaft ihrer Verwandten, als sie noch nicht geheurathet hatten. Denn bei jeder wahren Ehe mußte die Frau unter der Vormundschaft ihres Mannes stehen [391]), nicht blos in der ersten, sondern auch in jeder späteren Ehe [392]). In der älteren Zeit mußte aber der Mann zur Erlangung der Vormundschaft über seine Frau dieselbe ihrem bisherigen Vormunde abkaufen; eine Sitte, welche allen teutschen Stämmen gemein war [393]). Dafür, daß

385) Diese Stelle findet sich bei Westphalen 3. 624. Tit. Quis potest esse mundibordius, und bei Dreyer 1, 451, Tit. de proc. extr.

386) Verm. Sachsensp. I, 42 pr. Sächs. Distinct. bei Pölmann I, 14, 3.

387) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 150, Nr. 1, auch aufgenommen in die sächs. Distinct. I, 14, 4.

388) Kl. Kaiserr. 2, 32. Coustumes de Limbourg art. 101. bei Christyn p. 1382.

389) Schwabensp. 319, 9. Lüb. Recht Cod. Brok. III. 40. Augsb. Stat. bei Freyberg S. 109.

390) Brock. Willk. §. 96. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 170.

391) Sächs. Landr. B. 3, Art. 45, §. 3. Magdeb. Schöffenspr. bei Böhme 6, 5. Schwabensp. 263, 2.

392) Mühlhäus. Stat. aus dem 13. Jahrh. bei Grashof p. 258.

393) Vgl. L. Saxon. 7. 3. u. 18. Ina's Gesetz 31 (bei Schmid, angels. Gesetz S. 21). L. Wisigoth. III. 1. 2. III. 4. 7. L. Burgund. 34. 2. u. 42. 2. Auch die Stelle bei Tacit. Germ. c. 18.: Dotem non uxor marito, sed maritus uxori offert etc. bezieht sich wohl auf den Brautkauf.

dieser Kauf behufs der Erwerbung der Vormundschaft über die Frau geschah, spricht erstens, daß der Kaufpreis bisweilen mondschet oder muntscaz, d. h. Geld für die Vormundschaft oder auch schlechthin mundium genannt wird[394]). Zweitens ergiebt sich dies daraus, daß, so lange der Mann seine Frau ihren Verwandten nicht abgekauft hat, sie noch fortwährend unter deren Vormundschaft, nicht unter der seinigen steht[395]). Endlich sagen einzelne Stellen auch ausdrücklich, daß der Preis für die Vormundschaft über die Frau gegeben werde[396]). Durch die Abschließung des Kaufes und die Bezahlung des Kaufpreises allein erhielt indessen der Bräutigam die Vormundschaft über seine Braut noch nicht, sondern es bedurfte dazu noch der Uebergabe derselben an ihn von Seiten ihres Vormundes[397]). Die Größe des Muntschatzes hing anfangs wahrscheinlich überall lediglich von der Verabredung beider Theile ab. Allein schon das Volksrecht der Sachsen bestimmte dafür eine Summe von 300 solidi[398]). Bei den Franken war schon zu der Zeit, wo die Lex Salica niedergeschrieben wurde, der Brautkauf zu einem bloßen Scheinkaufe geworden, indem der Bräutigam dem Vormunde seiner Braut nur 3 solidi und Einen denarius, später sogar nur Einen solidus und Einen denarius zu geben hatte[399]). Dieser Brautkauf verschwand allmälig, seitdem die Kirche die Eingehung der Ehe von anderen Bedingungen abhängig machte. Zwar erhielt sich die Redensart: ein Weib kaufen, noch bis in das späte Mittelalter und findet sich noch in Urkunden aus dem 13. und 14. Jahrhundert[400]); sie hat aber darin nur die Bedeutung: ein Weib nehmen. Die späteste Spur einer förmlichen Abtretung der Vormundschaft von Seiten des Vormundes der Frau an den Mann findet sich in den Mühlhäuser Statuten aus dem 13. Jahrhundert[401]). Die Rechtsbücher des Mittelalters enthalten keine Spur mehr von einem Brautkaufe. Vielmehr sagt der Sachsen-

---

394) Stellen, in welchen diese Ausdrücke gebraucht werden, führt an Kraut Bd. 1, S. 172, N. 6, 7.

395) Edict. Rothar. c. 187. 188. L. Alem. 54. 1. 2.

396) Edict. Rothar. c. 217.

397) Edict. Rothar. c. 216. Das dort ersichtliche Wort: meta bedeutet den für die Braut gegebenen Kaufpreis; s. Edict. Rothar. c. 182. 189. 191. LL. Liutpr. 88. 102. Vgl. Grimm, Rechtsalterthümer S. 422 flg., 427. Wenn die Uebergabe nicht sofort erfolgte, mußte der Vormund der Frau dem Bräutigam Bürgschaft stellen, daß er dieselbe unter die Vormundschaft des Bräutigams geben werde, sobald er es verlange. Form. ad Edict. Rothar. c. 182. Form. Longob. 20. 21. (Walter, Corp. iuris German. 3. 557.)

398) L. Saxon. 6. 1.

399) L. Sal. 47. 1. Form. Lindenbrog. 75. (bei Walter 3. 434.)

400) Beispiele führt an Kraut Bd. 1, S. 175, N. 17.

401) Bei Grashof p. 245. Jedoch geht die Vormundschaft auch nach diesen Statuten, wenigstens im Falle der Wiederverehelichung einer Witwe, auf den Ehemann auch ohne förmliche Uebertragung von Seiten des bisherigen Vormundes über, wenn die Witwe ihn um Uebertragung der Vormundschaft gebeten hat, er sich aber derselben weigert. Die hierauf bezüglichen Stellen der Mühlhäus. Statuten sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 175.

spiegel[402]): „Der man ist auch vormunde sines wibes, zu hant als sie ime getruwet wird.“ Hiernach soll die Vormundschaft des Mannes über die Frau im Augenblicke der Trauung anfangen. Die kirchliche Einsegnung, welche wir jetzt mit dem Ausdrucke: Trauung bezeichnen, kann man darunter nicht verstehen. Abgesehen davon, daß es schon an sich sehr unwahrscheinlich ist, daß der Anfang eines zu einer giltigen Ehe in bürgerlicher Beziehung gehörigen Erfordernisses von einer kirchlichen Form hätte abhängig gemacht werden sollen, ist bekannt, daß die kirchliche Einsegnung im Mittelalter, wie auch noch jetzt bei den Katholiken, selbst von den Kirchengesetzen nicht als ein wesentliches Erforderniß einer giltigen Ehe betrachtet wurde, und es ist daher völlig unglaublich, daß die wichtigsten bürgerlichen Wirkungen der Ehe, da diese ihren Grund in der Vormundschaft des Mannes über die Frau haben, wegen des Mangels einer kirchlichen Form bei einer ehelichen Verbindung nicht eingetreten sein sollten, welche die Kirche selbst nicht als ungiltig ansah. Die Redensart: ein Weib wird einem Manne getraut, muß daher eine andere Bedeutung haben. Wahrscheinlich wird, wie Kraut bemerkt hat, die Uebergabe der Braut an den Bräutigam durch ihren Vormund dadurch bezeichnet, indem die Braut hierbei von diesem jenem anvertraut wird[403]). Hierfür spricht auch eine Stelle einer alten Verlobungsformel[404]), in welcher der Vormund der Braut sie bei der Uebergabe an den Bräutigam der Treue desselben ausdrücklich anbefiehlt. Versteht man nun jene Stelle des Sachsenspiegels in der angegebenen Weise, so folgt daraus, daß die Vormundschaft des Mannes über die Frau noch immer zu derselben Zeit anfing, zu welcher sie von jeher angefangen hatte, und daß die Aenderung des Rechtes wohl nur darin bestand, daß der Uebergabe jetzt nicht immer mehr ein förmlicher Kauf vorherging. In den übrigen Rechtsbüchern findet sich zwar nichts über den Anfangspunkt der ehelichen Vormundschaft; sie fing aber auch da, wo nicht sächsisches Recht galt, wahrscheinlich fortwährend mit der Uebergabe der Braut an den Mann an, und es ist wohl nur eine Abweichung von den sonst darüber geltenden Grundsätzen, wenn nach den vorher angeführten Mühlhäuser Statuten der Vormund der Frau die Vormundschaft über sie erst dann dem Ehemanne aufzulassen braucht, wenn dieser eine Nacht bei ihr geschlafen hat. — Auch die Vormundschaft des Ehemannes über die Frau galt als eine rechte Vormundschaft[405]). Da sie aber ursprünglich nicht unmittelbare Folge einer Rechtsregel war, sondern erst beson-

---

402) Sächs. Landr. Bd. 3. Art. 45, §. 3.

403) Möglich ist, daß die kirchliche Trauung davon ihren Namen hat, weil damit oft die Uebergabe der Braut an den Mann durch den Vormund verbunden wurde; s. can. 3—5. Caus. II. qu. 5.

404) Mitgetheilt aus einer Münchner Handschrift aus dem Anfange des 12. Jahrh. von Maßmann, im Rhein. Mus. f. Jurisprud. Bd. III, S. 282 flg. die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 177.

405) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 2.

ders erworben werden mußte, so ist, so lange dies galt, der Grund hiervon wohl nur darin zu suchen, daß der Ehemann eigentlich nur die von dem geborenen Vormunde bisher über die Frau geführte Vormundschaft fortsetzte. — Nach dem im allgem. Theile Abschn. 4 Bemerkten erleidet die Regel, daß der Vormund seinem Mündel ebenbürtig sein muß, bei dem Ehemanne eine Ausnahme, da dessen Vormundschaft über die Ehefrau nicht durch seine Ebenbürtigkeit bedingt ist. Dies gilt aber in der That nur in Bezug auf den Erwerb dieser Vormundschaft; denn während der Ehe nimmt die Frau am Stande des Mannes Theil, sie ist nach dem Ausdrucke der älteren Rechtsquellen seine Genossin. Diese Standesgenossenschaft fängt aber nicht schon mit der Uebergabe der Braut an den Mann an, sondern erst mit der Beschreitung des Ehebettes und kann daher nicht als eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft gelten[406]). Der Ausdruck: Genossin in den in der Note angeführten Stellen ist auf die Standesgenossenschaft zu beziehen, wie sich am deutlichsten daraus ergiebt, daß in einer anderen Stelle des Sachsenspiegels nicht nur ein Gegensatz zwischen der ursprünglichen Nichtebenbürtigkeit des Mannes und der Genossenschaft der Frau mit ihm während der Ehe gemacht, sondern auch an die Beschreitung des Ehebettes ausdrücklich die Wirkung geknüpft wird, daß die Frau dadurch in das Recht, d. h. das Standesrecht des Mannes, eintrete[407]). Hieraus erklärt sich auch, daß der Sachsenspiegel jeder Ehefrau die halbe Buße und das halbe Wehrgeld ihres Mannes beilegt, während eine unverheurathete Frauensperson die halbe Buße und das halbe Wehrgeld eines Mannes von ihrem Geburtsstande hat[408]). Endlich wird der Ausdruck: Genosse in den Rechtsquellen meistens zur Bezeichnung eines Standesgenossen gebraucht[409]). Daß, wenn die Frau höheren Standes ist als der Mann, sie durch die Verehelichung in seinen geringeren Stand eintrete, sprechen nicht allein die in der Note angeführten Stellen deutlich aus, sondern es ist auch sonst bekannt, daß selbst wenn der Mann unfrei ist diese Regel keine Ausnahme leidet[410]). Eine ganz andere Frage aber ist es, ob der Satz, daß die Frau durch die Beschreitung des Ehebettes Standesgenossin ihres Mannes werde, auch enthalte, daß, wenn sie geringeren Standes ist als er, sie an seinem höheren Stande theil nehme. In Erwägung, daß sowohl der Sachsenspiegel als der Schwabenspiegel jenen Satz so ausdrücken: wenn auch

---

406) Sächs. Landr. B. 3, Art. 45, §. 3. Schwabensp. 328, 2. S. noch sächs. Weichb. 65. Verm. Sachsensp. IV, 2. 5.

407) Sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 1.

408) Sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 2.

409) Sächs. Landr. B. 1, Art. 63, §. 1 (§. 3 derselben Stelle ergiebt, was darunter zu verstehen sei). B. 3, Art. 65, §. 2. Schwabensp. 80, 3 u. 6.

410) L. Sal. 14. 7. L. Ripuar. 58. 16. L. Alem. 18. 1. L. Burgund. 35. 2. 3. L. Fris. 7. 1. 2. L. Wisigoth. III. 2. 3. LL. Rothar. 218. 222. LL. Liutpr. 24. (4. 6.) Schwabensp. 328, 2.

der Mann seiner Frau nicht ebenbürtig sei, so werde sie doch durch Beschreitung des Ehebettes seine Genossin, und daß das nach der gewöhnlichen Bedeutung der Redensart: Jemandem ebenbürtig sein, zunächst nur so verstanden werden kann, daß die Frau höheren Standes in den niederen des Mannes eintrete, könnte man zur Verneinung jener Frage geneigt sein. Dafür spricht auch der Grundsatz: das Kind folgt der ärgeren Hand, nach welchem bei einer Ehe, bei welcher die Frau von einem niedrigeren Geburtsstande ist als der Mann, die Kinder dem Stande der Mutter folgen und daher diese ihren Geburtsstand auch während der Ehe beizubehalten scheint. Außer allem Zweifel scheint dies aber endlich dadurch gesetzt zu werden, daß, wenn die Frau unfrei und der Mann frei ist, sie, außer wenn sie freigelassen wird, niemals in den Stand desselben eintritt. Vielmehr wird der Mann nach einigen Rechten durch die Verehelichung mit einer Unfreien selbst unfrei, also in den Stand der Frau hinabgezogen[411]). Nach dem Rechte des Sachsenspiegel wird zwar der freie Mann, welcher eine Unfreie heurathet, nicht nothwendig unfrei; aber auch die Frau wird durch die Verheurathung mit ihm nicht frei, und es kann daher eine Ehe vorkommen, bei welcher der Mann frei, die Frau aber unfrei ist[412]). Dennoch ist Kraut der Meinung, daß der Satz, die Frau werde durch die Beschreitung des Ehebettes Standesgenossin des Mannes, auch von dem Falle zu verstehen sei, wo sie geringeren Standes ist als er. Dafür spricht, daß im Sachsenspiegel (B. 3, Art. 45, §. 2) allgemein gesagt wird, jegliches Weib habe die halbe Buße und das halbe Wehrgeld ihres Mannes, und daß es ebenso allgemein in einer anderen Stelle desselben (B. 3, Art. 45, §. 2) heißt, das Weib werde des Mannes Genossin, sobald sie in sein Bett trete. Der Grundsatz: das Kind folgt der ärgeren Hand, kommt dagegen nicht in Betracht. Denn daraus, daß die Frau Genossin ihres Mannes ist, folgt nicht, daß ihr Geburtsstand in jeder Beziehung unwirksam werden muß. Vielmehr wird derselbe nach Beendigung der Ehe wieder wirksam und ebenso ist es denkbar, daß er in Bezug auf die Kinder, da dies ein über die Dauer der Ehe hinausreichendes Verhältniß ist, nicht unwirksam war. Daß endlich eine Unfreie, welche einen Freien heurathet, nicht in den Stand des Mannes tritt, widerlegt jener Satz nicht, da hier das Recht des Herrn an der Unfreien der Realisirung desselben entgegensteht[413]). Hat die Standesgleichheit der Frau mit ihrem Ehemanne nur in der Ehe ihren Grund, so tritt diese nach Auflösung der Ehe wieder in ihren vorigen Geburtsstand zurück[414]). Dies

411) L. Sal. 14. 11. L. Ripuar. 58. 15.

412) Dies ergiebt sich aus dem sächs. Landr. B. 1, Art. 51, §. 1. Vgl. darüber Kraut Bd. 1, S. 181.

413) Darüber, wie mit dem Grundsatze, daß die Frau während der Ehe Standesgenossin des Mannes sei, das Freiburg. Stadtr. v. 1120 §. 25 sich vereinigen lasse, s. Kraut Bd. 1, S. 181—183.

414) Capit. Lothar. I. Tit. 3. c. 14. Sächs. Landr. B. 3, Art. 45, §. 3. Sächs. Distinct. I, 9, 6.

war selbst dann der Fall, wenn die Frau wegen der Unfreiheit ihres Ehemannes während der Ehe auch unfrei war[415]). Dieses Zurücktreten der Frau in ihren Geburtsstand nach Beendigung der Ehe hat wichtigen Einfluß auf die Beantwortung der Frage, wer nach dem Tode ihres Mannes die Vormundschaft über sie führe. Hatte nämlich die Frau mit ihrem Manne gleichen Geburtsstand, so kam sie nach seinem Tode unter die Vormundschaft seines nächsten ebenbürtigen Schwerdtmagen[416]). War hingegen der Mann seiner Frau nicht ebenbürtig, so stand nach seinem Tode die Vormundschaft über sie ihren eigenen nächsten ebenbürtigen Schwerdtmagen zu[417]). Dies ist aber wohl nur auf den Fall zu beziehen, wo die Frau von höherem Geburtsstande ist als ihr Mann. Denn war sie von geringerem Geburtsstande, so konnten seine Schwerdtmagen nach dem Grundsatze, daß der höhere Stand auch immer den geringeren mit enthält, nicht als ihr unebenbürtig angesehen werden. So lange aber der Mann noch die Frau erkaufen mußte, hatten wohl ihre Schwerdtmagen, wenn sie nach seinem Tode die Vormundschaft über sie führen wollten, den Verwandten desselben den Kaufpreis, welchen er für die Frau gegeben hatte, zurückzugeben[418]). — Reihenfolge unter den einzelnen zur Vormundschaft Berechtigten. Was die Ordnung betrifft, in welcher die einzelnen Schwerdtmagen, seien es die des Ehemannes über eine Witwe, welcher der Ehemann ebenbürtig gewesen ist, oder über andere Unmündige deren eigene Schwerdtmagen zur Vormundschaft berufen werden, so enthalten die Quellen darüber nur dürftige Nachrichten. Da sich aber annehmen läßt, daß, wenn die Quellen sich auch bei anderen Verhältnissen des Ausdruckes nächsten Schwerdtmage bedienen, sie ihn in derselben Bedeutung wie hier brauchen, indem sie voraussetzen, daß jeder wissen werde, welcher einzelne Schwerdtmage hierunter zu verstehen sei und also immer auf dieselbe Reihenfolge unter den Schwerdtmagen dadurch hinweisen, so würde die Bemerkung hierbei sehr zu Statten kommen, daß die Quellen sich auch bei der Vererbung des Heergewettes und des Schöffenstuhles sich desselben Ausdruckes bedienen[419]). Aber das, was sie darüber enthalten, ist noch dürftiger, als was sie über die Ordnung, in welcher die einzelnen Schwerdtmagen zur Vormundschaft berufen werden, mittheilen. Dies ist Folgendes. Zur Vormundschaft über eine Witwe ist zunächst der älteste Sohn ihres verstorbenen Mannes be-

---

415) Schwabensp. 328, 2 u. 5.

416) LL. Rothar. 182. Mühlhäus. Stat. bei Grashof p. 245.

417) Sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 1.

418) Edict. Rothar. c. 217.

419) Das Heergewette betreffen L. Angel. et Werin. 6 5. Sächs. Landr. B. 1, Art. 27, §. 2. Görlitz. Landr. Cap. 38, §. 3. Grossenhain. Stat. v. 1545 (bei Walch Bd. 7, S. 14). Den Schöffenstuhl betreffen sächs. Landr. B. 3, Art. 26, §. 3. Schwabensp. 81, 5, 12. Sächs. Weichb. 33.

rufen[420]). Da aber auf die Verwandtschaft des Vormundes mit der Witwe nichts ankam, so war dies nicht immer ihr eigener Sohn, sondern, wenn ihr Mann schon früher verehelicht gewesen war, ihr ältester Stiefsohn[421]). Aus demselben Grunde führt auch, wenn eine Witwe mehrmals verehelicht gewesen ist und aus einer früheren Ehe einen Sohn hat, nicht dieser, sondern immer ihr ältester Sohn aus der letzten Ehe, wenn er nur auch der älteste Sohn ihres letzten Ehemannes ist, die Vormundschaft über sie[422]). Ueber die Frage, wer Vormund der Witwe werde, wenn ihr zuletzt verstorbener Ehemann keine Söhne, Enkel u. s. w., welche die Vormundschaft über sie führen könnten, hinterlassen hat, spricht sich allein die Lex Saxonum bestimmt dahin aus, daß der Bruder ihres verstorbenen Mannes ihr Vormund werde. Darüber aber, wer in Ermangelung eines solchen zur Vormundschaft berufen werde, enthält auch sie nur den allgemeinen Satz: Si frater non fuerit, proximus paterni generis eius (sc. defuncti mariti) consanguineus (sc. tutelam viduae accipiat). Die Kenntniß über die Ordnung, in welcher die Vormundschaft über die Witwen an die Schwerdtmagen des Mannes gelangt, ist daher sehr dürftig. Die Quellen bedienen sich zur Bezeichnung der Ordnung, in welcher die Schwerdtmagen anderer Unmündigen zur Vormundschaft über sie berufen werden, ebenfalls des Ausdruckes: nächster Schwerdtmage. Wir würden daher jene Lücke mit dem, was sie darüber enthalten, ausfüllen können, wenn sie nicht in dieser Beziehung eben so dürftig wären. Als nächster Schwerdtmage wird hier der eigene älteste Bruder der Unmündigen betrachtet[423]). Da ein Halbbruder von der Mutter her kein Schwerdtmage ist, so scheint selbstverständlich ein solcher nicht Vormund seiner Halbgeschwister sein zu können. Dennoch sagt die Lex Saxonum deutlich das Gegentheil[424]). Diese Abweichung von dem Grundsatze, daß der nächste Schwerdtmage des Unmündigen dessen Vormund sei, kann nicht etwa daraus erklärt werden, daß dieses Volksrecht diesen Grundsatz überhaupt nicht anerkannt habe, wie die unmittelbar an die vorige sich anschließende Stelle zeigt[425]). Denn hier wird der Sohn erster Ehe von der Vormundschaft über seine Schwester, welche seine Mutter aus einer späteren Ehe hat, offenbar deshalb ausgeschlossen, weil er nicht Schwerdtmage derselben ist. Diesen Widerspruch sucht Kraut dadurch auszugleichen, daß, wenigstens bei den Sachsen, Jemand, der eine Witwe heurathete, auch immer die Vormundschaft über ihre Töchter mitkaufte und diese daher,

---

420) Mühlhäus. Stat. bei Grashof p. 258. Siehe auch Schwabensp. 270, 3, 5.

421) L. Sax.: Qui mortuus viduam reliquerit, tutelam eius filius, quem ex alio uxore habuit, accipiat.

422) Mühlhäus. Stat. a. a. O.

423) L. Saxon. 7. 5. L. Wisigoth. IV. 3. 3. Goslar. Stat. S. 3, Z. 12, 13.

424) L. Saxon. 7. 6.

425) L. Saxon. 7. 7.

wie ihre Mutter, nach seinem Tode unter die Vormundschaft seines nächsten Schwerdtmagen kamen. Daß umgekehrt der Halbbruder vom Vater her ebensogut die Vormundschaft über seine Geschwister führen kann wie der Vollbürtige, unterliegt keinem Zweifel. Da die Verwandtschaft durch die Mutter hier ganz gleichgiltig ist, so muß man wohl annehmen, daß ursprünglich auch bei einer Collision zwischen halbbürtigen Brüdern vom Vater her und vollbürtigen letztere keinen Vorzug vor jenen gehabt haben. Später wurde ihnen hier und da ein solcher gestattet. Wenigstens standen nach einigen Statuten bei der Erbfolge in das Heergewette die halbbürtigen Verwandten den vollbürtigen nach[426]. Darüber, wer in Ermangelung eines Bruders zur Vormundschaft berufen werde, spricht sich allein die Lex Wisigothorum dahin aus, daß der Vatersbruder oder dessen Sohn zur Vormundschaft gelange[427]. So dürftig nun auch diese Nachrichten über die Ordnung, in welcher die Schwerdtmagen zur Vormundschaft gelangen, sind, so reichen sie doch hin, um daraus zu schließen, daß sie mit der Erbfolgeordnung des älteren teutschen Rechtes übereinstimmte. Diese war eine Parentelenordnung[428]), d. h. es succedirte immer die nächste Parentel oder Linie und in dieser schloß wieder der im Grade Nähere den Entfernteren aus. Die nächste Parentel eines jeden sind dessen eigene Nachkommen und in Ermangelung derselben die seines Vaters. Damit stimmt vollständig überein, daß zum Vormunde einer Witwe, da diese unter der Vormundschaft der Verwandten ihres Mannes steht, zunächst dessen Sohn, zum Vormunde über andere Unmündige dagegen, über welche ihre eigenen Verwandten die Vormundschaft zu führen haben, zunächst ihr Bruder als der nächste in der Parentel ihres Vaters berufen wird. Auch darf man, da das teutsche Recht zur Bezeichnung der Parentelenordnung in jeder einzelnen Parentel nur den ersten Grad, weil die fernere Successionsordnung in dieser Parentel sich dann von selbst versteht, anzugeben pflegt, mit vollem Rechte hieraus schließen, daß im ersten Falle unter dem Sohne, im zweiten unter dem Bruder auch deren männliche Abkömmlinge in der Ordnung, wie sie dem Grade nach aufeinander folgen, mit begriffen sind. Ebenso kann man, da nach dieser Ordnung die eigenen Abkömmlinge eines Jeden allen anderen Erbberechtigten vorgehen, sicher annehmen, daß über einen wahnsinnigen oder preßhaften Mann zunächst dessen Descendenten, welche zur Führung einer Vormundschaft fähig waren, seine Vormünder waren, obschon dies die Quellen nirgends ausdrücklich sagen. Als zweite Parentel wird bei einer Witwe, die des Vaters ihres Mannes, bei anderen Unmündigen die ihres Großvaters zur Vormundschaft berufen. Da der Nächstberechtigte in jeder Parentel der ist, welcher an der Spitze derselben steht, so würde im ersten Falle über eine Witwe, wenn ihr Mann keine männlichen Abkömmlinge hinter-

426) Goslar. Rechtserkenntniß bei Bruns 180, 2.
427) L. Wisigoth. IV. 3. 3.
428) Vgl. den Artikel: Intestaterbfolge, teutsche Bd. V, S. 772 flg.

ließ, zunächst dessen Vater, und über andere Unmündige, wenn sie keine Geschwister hätten, welche ihre Vormünder sein könnten, zunächst ihr Großvater Vormund sein müssen. Diesem scheint zu widersprechen, daß die Lex Saxonum im ersten Falle nicht der Vater des Ehemannes, sondern dessen Bruder, und die Lex Wisigothorum im zweiten Falle nicht der Großvater der Unmündigen, sondern deren Vatersbruder zur Vormundschaft beruft. Da aber, wenn der im ersten Grade der Parentel Stehende genannt wird, dessen Abkömmlinge stillschweigend darunter mit begriffen sind, so ist auch umgekehrt die Annahme zulässig, daß, wenn Personen aus einer Parentel genannt werden, selbstverständlich die an der Spitze der Parentel stehende Person, wenn sie noch vorhanden sein sollte, ihren Abkömmlingen vorgehe. Auch sagt die Lex Burgundionum ausdrücklich, daß der Enkel nach dem Tode seines Vaters (wobei ohne Zweifel vorausgesetzt wird, daß dieser nicht noch einen anderen zur Vormundschaft über jenen fähigen Sohn hat) unter die Vormundschaft seines Großvaters komme[429]). Da bei der Parentelenordnung die Seitenverwandten in der That als Abkömmlinge des nächsten gemeinschaftlichen Stammvaters betrachtet werden, so ist der nächste Schwerdtmage solcher Unmündigen, welche selbst keine Abkömmlinge haben, immer zugleich auch der nächste Schwerdtmage ihres Vaters. Hiernach hat, wenn der Mann seiner Frau ebenbürtig gewesen ist, sie in ihrem Witwenstande mit dessen Kindern, gleichviel ob diese ihre rechten oder ihre Stiefkinder sind, immer denselben Vormund[430]). Eine andere wichtige Folge davon ist es, daß, da Jeder sein Heergewette auf seine nächsten Schwerdtmagen vererbt, Vormund aller Unmündigen überhaupt, seien sie Kinder oder Erwachsene, männlichen oder weiblichen Geschlechtes, immer derjenige ist, welcher entweder von ihrem bisherigen Vormunde, dem Vater oder Ehemanne der Unmündigen, das Heergewette geerbt hat oder doch geerbt haben würde, wenn sie nicht da gewesen wären; er bewahrt in diesem zweiten Falle das Heergewette für die Unmündigen bis zu ihrer Mündigkeit auf, erhält es aber selbst, wenn sie in der Unmündigkeit sterben. Nur darin unterscheidet sich die Erbfolge in das Heergewette und die Berufung zur Vormundschaft, daß jenes nach den meisten Rechten mehrere gleich nahe Schwerdtmagen zugleich erben[431]) und nur nach einigen es der älteste unter ihnen allein erhält[432]), wäh-

---

429) L. Burgund. 59.

430) Sächs. Landrecht B. 1, Art. 23, §. 2 a. E. Mühlhäus. Stat. bei Grashof p. 258.

431) Sächs. Landr. B. 1, Art. 22, §. 5. Schwabensp. 270, 1. Magdeb. Recht von 1261 §. 56 (bei Gaupp S. 241). Magdeb. Recht von 1304 §. 41 (Gaupp S. 285). Sächs. Weichb. Art. 26. Verm. Sachsensp. I, 8, 6. Lüneburg. Stadtr. (bei Dreyer, Nebenstunden S. 364) Art. IV.

432) Görlitz. Landrecht Cap. 38, §. 3. Goslar. Statuten S. 3, 3. 12. Goslar. Rechtserkenntniß bei Bruns S. 180, Nr. 2. Verm. Sachsenspiegel I, 6, 1.

rend nach allen dieser allein Vormund wird[433]). — Da nach dem gemeinen Rechte des Mittelalters mit der siebenten Parentel und in jeder Parentel mit der siebenten Generation alle Wirkungen der Verwandtschaft aufhören, so werden auch entfernter stehende Schwerdtmagen nicht zur Vormundschaft berufen. Nach dem älteren schwäbischen Rechte wurde aber das Heergewette auch über diese Grenze hinaus und soweit vererbt, als nur noch irgend eine Verwandtschaft erweislich war[434]). Schon hieraus ist zu schließen, daß nach demselben auch die Vormundschaft auf entferntere Schwerdtmagen überging. Es wird dies aber auch noch ausdrücklich gesagt[435]). Wenn der nächste Schwerdtmage zur Führung einer Vormundschaft unfähig war, so wurde er ganz übergangen und daher der nach ihm nächste sofort zur Vormundschaft berufen[436]). Deshalb hatte der Unfähige auch gar kein Recht auf die Vormundschaft und konnte nicht etwa bestimmen, daß ein Anderer, als der nächste Schwerdtmage nach ihm, Vormund sein solle[437]). Den Unfähigen standen aber nicht diejenigen gleich, welche ein vorübergehendes Hinderniß abhielt, die Vormundschaft zu verwalten. Diese wurden nämlich nicht ganz von derselben ausgeschlossen, sondern die Unmündigen hatten nur für die Zeit der Dauer des Hindernisses einen anderen Vormund; nach Hebung des Hindernisses trat dieser wieder ab und der bisher Verhinderte hatte von nun an die Vormundschaft zu führen. Es kommen davon Anwendungen vor für den Fall der Abwesenheit[438]) und der Gefangenschaft des Vormundes[439]). Einem solchen zeitweilig Gehinderten, nicht aber einen ganz Unfähigen, scheint mit Kraut derjenige gleichgestellt werden zu müssen, welcher wegen seiner Unmündigkeit nicht Vormund werden kann. Dies ist daraus zu schließen, daß mehrere Rechtsquellen den nächsten Schwerdtmagen, auch wenn er noch unmündig ist, als den rechten Vormund ansehen und es so betrachten, als früher der nächste nach ihm, welcher nach der Parentelenordnung zugleich auch immer sein Vormund ist, die Vormundschaft nur in seinem Namen und an seiner Statt[440]). Ist nun aber der unmündige nächste Schwerdtmage nicht als ein zur Vormundschaft ganz Unfähiger, sondern nur als ein zeitweilig Gehinderter zu betrachten, so folgt daraus, daß er, wie auch die in der Note angeführte Stelle andeutet, sobald er die Mündigkeit erreicht hat, die Vormundschaft selbst zu führen hat. — Stirbt ein Vormund, außer dem Ehemanne, vor Beendigung der Vor-

433) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23. Erfurt. Stat. §. 9. Richtst. Landr. 43. Goslar. Stat. S. 16, Z. 29, 30.

434) Sächs. Landr. B. 1, Art. 19, §. 1.

435) Verm. Sachsensp. I, 42, 3.

436) Verm. Sachsensp. I, 42 pr. I, 43, 10.

437) Sächs. Dist. I, 14, 1.

438) Schwabensp. (323, 1.) Cod. Ambras. 54 l. f. (Wackernagel).

439) Schwabensp. 320, 6, 7.

440) Dies findet sich z. B. im sächs. Weichb. Art. 49. Vgl. damit Magdeb. Recht von 1304 Art. 37 (Gaupp S. 284).

mundschaft, so erbt sich diese nicht in seiner Familie fort, sondern sie fällt dann auf denjenigen, welcher zur Zeit seines Todes nach ihm der nächste Schwerdtmage des Mündels ist [441]). Ebenso wurde es ohne Zweifel gehalten, wenn der bisherige Vormund völlig unfähig zur Vormundschaft wurde. — Der enge Zusammenhang zwischen der Erbfolge in Heergewette und der Vormundschaft findet sich noch in manchen späteren Gesetzen [442]). Hieraus läßt sich schließen, daß nach den Rechten, welche das Heergewette in Ermangelung von Schwerdtmagen auf die Cognaten vererben lassen [443]), diese in demselben Falle auch zur Vormundschaft berufen wurden und umgekehrt. Ein Heergewette kam aber nach dem Rechte des Mittelalters nur bei solchen Personen vor, welche den Heerschild hatten, d. h. ihrem Stande nach zum Dienste im Reichsheere fähig waren. Da nun der Vormund regelmäßig das Heergewette desjenigen, welcher seinen Mündel bisher geschützt hatte, entweder selbst erbt oder für diesen vorläufig an sich nimmt, so entsteht die Frage, ob jener Zusammenhang zwischen der Erbfolge in das Heergewette und der Vormundschaft so streng ist, daß, wenn ein solcher fehlt, auch keine Familienvormundschaft eintritt, oder ob er nur in der Art stattfindet, daß der Vormund unter der Voraussetzung, daß überhaupt ein Heergewette vorhanden ist, dasselbe erhalten muß. Kraut hält nun zwar diesen Zusammenhang nicht für so nothwendig, daß, wenn aus zufälligen Gründen es an einem Heergewette fehlte, auch keine Familienvormundschaft stattgefunden hätte; er glaubt aber, daß bei den Familien, in welchen ihres Standes wegen kein Heergewette vererbt oder geerbt wurde, nach den Grundsätzen des älteren Rechtes auch keine solche Vormundschaft habe vorkommen können [444]). — Endlich fragt es sich noch, nach welcher Ordnung die Cognaten da, wo sie in Ermangelung der Schwerdtmagen zur Vormundschaft berufen werden, in dieselbe eintreten. Besonders fragt sich nur, welcher Cognat über ein unmündiges Kind in Ermangelung von Schwerdtmagen desselben zunächst die Vormundschaft zu führen hatte, da die Frage, ob auch über eine Witwe die Cognaten ihres Mannes die Vormundschaft führen können, unerledigt gelassen werden kann, da die Rechte, in welchen eine Vormundschaft der Cognaten vorkommt, überhaupt eine gesetzliche Vormundschaft über Witwen nicht mehr kennen. Kraut nimmt an, erstens, daß die väterlichen Cognaten den Vorzug vor denen von der Mutterseite haben, und zweitens, daß übrigens die einzelnen nach der, bei den Schwerdtmagen stattfindenden, Ordnung Vormünder werden. Das Letztere schließt er daraus, daß nach dem älteren Rechte auch die Cognaten nach der Parentelenordnung succe-

---

441) Goslar. Stat. S. 20, Z. 4—8.

442) Osnabrück. Landesordn. von 1583 Th. 3, Art. 9.

443) Wie z. B. nach den Lüneburg. Stat. bei Dreyer S. 363, Art. 4. Altenb. Stat. v. 1555 bei Walch Bd. 3, S. 88.

444) Vgl. über die weitere Begründung dieser Ansicht Kraut Bd. 1, S. 199 flg.

diren[445]); das Erstere aber daraus, daß, wo die Cognaten zur Erbfolge in das Heergewette überhaupt zugelassen wurden, die Cognaten des Vaters den Vorzug vor denen der Mutter gehabt zu haben scheinen[446]), und daß die Stellen, welche von der Vormundschaft der Cognaten reden, meistens schlechthin sagen, daß die Verwandten von der Mutterseite Vormünder würden, wenn keine Verwandten von der Vaterseite vorhanden wären und man nicht berechtigt sei, unter dem letzteren allgemeinen Ausdrucke blos Schwerdtmagen zu verstehen.

2) Wahl. Schon in einigen der ältesten Stadtrechte kommt ein von dem Vater für den Fall seines Todes seinen unmündigen Kindern gekorener oder gesetzter Vormund vor[447]). Sämmtliche in der Note angeführte Stellen ergeben zugleich, daß der vom Vater gekorene Vormund stets den Vorzug vor dem geborenen hat. Unter den Rechtsbüchern kennt nur der Schwabenspiegel einen solchen Vormund[448]). Dem Sachsenspiegel und dem älteren sächsischen Rechte überhaupt ist eine von dem Vater angeordnete Vormundschaft gänzlich unbekannt. Noch die Magdeburger Fragen[449]) erklären sie ausdrücklich für unzulässig, nicht blos für den Fall, daß Schwerdtmagen vorhanden sind, sondern unbedingt, so daß auch in Ermangelung von Schwerdtmagen, der vom Vater gekorene Vormund nicht die Vormundschaft erhält, sondern der Richter den Unmündigen einen Vormund bestellt. Als Grund, weshalb das sächsische Recht einen vom Vater gekorenen Vormund nicht anerkennt, geben die Magdeburger Schöffen an: „Wenne das mag keine vormundschaft geheissen, ee denne dy vormundschaft gewellet"[450]). Wenn es hier heißt, Niemand dürfe seinen Kindern einen Vormund wählen, weil das keine Vormundschaft heißen könne, ehe der Fall, für welchen sie angeordnet sei, wirklich eintrete, so scheint hierdurch auf denselben Grund hingewiesen zu werden, aus welchem die Erbverträge im älteren Rechte ungiltig waren, wenn der Erblasser nicht schon bei seinem Leben die Gewere an der Sache, welche er einem Anderen hinterlassen wollte, wirklich übertrug. Der Vater würde nämlich durch die Wahl des Vormundes über fremde Rechte verfügt haben, da in demselben Momente, wo diesem die Vormundschaft zufallen sollte, nämlich bei dem Tode des Vaters, auch schon das Recht des nächsten Schwerdtmagen auf die Vormundschaft oder, in Ermangelung eines solchen, das Recht des Richters, den unmündigen Kindern einen

445) v. Sydow, Darstellung des Erbrechtes nach dem Sachsenspiegel S. 69 flg.

446) v. Sydow a. a. O. S. 160 flg.

447) Freiburg. Stadtr. v. 1120 §. 34. Lüb. Recht v. 1235 (bei Westphalen 3. 624). Dasselbe im Cod. Brok. II. 8. Hamburg. Stat. v. 1270 V, 2. Erfurt. Stat. v. 1306 §. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 99). Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176 (bei Walch Bd. 1, S. 58).

448) Schwabensp. 323, 2 u. 3.

449) Magdeb. Fragen I, 8, 8.

450) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 119, Nr. 6 und 139, Nr. 1.

Vormund zu bestellen, eintrat. Später erkannte indessen doch auch das sächsische Recht einen vom Vater gekorenen Vormund an[451]). Es wurde aber auch im späteren sächsischen Rechte dem Vater nur unter mehrfachen Beschränkungen die Wahl eines Vormundes für seine Kinder gestattet. Die erste dieser Beschränkungen ist, daß, so lange noch gesetzliche Vormünder vorhanden waren, er dies nur, wie die in der Note anzuführende Stelle ausdrücke, aus redlicher Ursache thun durfte[452]). Was eine redliche Ursache sei, darüber giebt die Glosse zum sächsischen Weichbilde Auskunft[453]). Als solche werden angegeben: böser Leumund des Schwerdtmagen, Hörigkeit, Verstandesschwäche, Rechtlosigkeit desselben, tödtliche Feindschaft des Vaters mit dem Schwerdtmagen. Außer der ersten und letzten dieser Ursachen sind dieselben von der Art, daß der Schwerdtmage schon nach dem älteren Rechte dadurch von der Vormundschaft ausgeschlossen war. Der Vater konnte daher sein Wahlrecht in der That nur dann ausüben, wenn der nächste Schwerdtmage entweder gar kein Recht auf die Vormundschaft hatte oder gegen seine Person gegründete Ausstellungen sich machen ließen. Eine zweite Beschränkung ist, daß nach sächsischem Rechte der Vater nur bei gesundem Leibe einen Vormund bestellen durfte[454]). Nach anderen Rechten dagegen konnte er dies auch noch auf dem Krankenbette thun[455]). Eine dritte Beschränkung betraf die Form dieser Vormundschaftsbestellung; sie mußte nämlich nach sächsischem Rechte stets vor Gericht geschehen und der Vormund vom Richter bestätigt werden, wie die Glosse zum sächsischem Weichbilde sagt[456]). Nach anderen Rechten scheint immer die

---

451) Dies ergiebt sich zuvörderst daraus, daß in den Magdeb. Fragen I, 9, 2 die Anfrage mit den Worten anfängt: „Ob ein Man seinen Kindern bey lebendigem leib hett Vormunden gekoren", und dann stillschweigends angenommen wird, daß ein solcher Vormund die Vormundschaft so lange führen dürfe, bis das Kind zu seinen Jahren gekommen sei, indem nur gefragt wird, wer beim Streite darüber, ob das Kind schon jährig sei, den Beweis zu führen habe, der Vormund oder das Kind. Auch ist in der Glosse zum sächs. Landr. B. 1, Art. 23 (Augsburg. Ausg. v. 1516 Bl. 27, Col. 1, 2) von einer vom Vater angeordneten Vormundschaft die Rede. Auch das Magdeburg. Stadtrecht erkannte in späterer Zeit eine solche Vormundschaft als giltig an, wie sich aus der Glosse zum sächs. Weichb. Art. 26 ergiebt.

452) Glosse zum sächs. Landr. B. 1, Art. 23 (Augsburg. Ausg. v. 1516 Bl. 27, Col. 1, 2).

453) Glosse zum sächs. Weichb. Art. 26.

454) Glosse zum sächs. Landr. B. 1, Art. 23 bei Gärtner S. 66, Col. 1.

455) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 99). Manche Statuten, z. B. Freiburg. Stadtr. v. 1120 §. 34. Brem. Stat. v. 1303 Art. 8, v. 1428 Art. 13, v. 1433 Stat. 14. Verden. Stat. 27 sprechen sogar blos von der Anordnung auf dem Siechbette. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob der Vater nur auf dem Siechbette eine solche Anordnung treffen dürfe; es würde darin eine zu große Abweichung von dem Geiste des teutschen Rechtes liegen, wenn man annehmen wollte, daß Jemand auf dem Siechbette eine Verfügung treffen durfte, welche ihm nicht auch bei gesundem Leibe gestattet gewesen wäre.

456) Glosse zum sächs. Weichb. Art. 26.

überhaupt für Verfügungen von Todeswegen vorgeschriebene Form nothwendig gewesen zu sein. Namentlich war dies nach dem Lüb. Rechte der Fall[457]). Nach noch anderen Rechten endlich genügte die Ernennung des Vormundes vor gewöhnlichen Zeugen[458]). Es fragt sich, ob der Vater allein zur Bestellung eines Vormundes für seine unmündigen Kinder berechtigt sei oder ob auch Andere dieses Recht haben. Manche Rechtsquellen sprechen dabei von Eltern überhaupt[459]). Da, wenn blos dem Vater das Recht zugestanden hätte, den Kindern einen Vormund zu ernennen, schwerlich das allgemeine Wort Eltern gebraucht sein würde, so muß man annehmen, daß nach diesen Quellen die Mutter dasselbe Recht hatte. Noch deutlicher sprechen sich andere Quellen darüber aus[460]). Ferner darf nach dem Lüb. Rechte auch der Ehemann seiner Frau für den Fall seines Todes einen Vormund setzen[461]). Endlich kommt auch in einer, freilich einer ziemlich späten Zeit angehörenden, Urkunde der Fall vor, daß ein Großvater von mütterlicher Seite, welcher selbst nur ein gekorener Vormund seiner Enkel ist, diesen für den Fall seines Ablebens während ihrer Unmündigkeit Vormünder ernennt[462]). In Erwägung, daß in späterer Zeit auch die Mutter Vormünderin ihrer Kinder sein konnte, könnte man jene einzelnen Fälle auf den allgemeinen Grundsatz zurückzuführen geneigt sein, daß nach teutschem Rechte jeder Vormund überhaupt die Befugniß gehabt habe, auf den Fall seines Todes seinem Mündel einen anderen Vormund zu ernennen. Allein bei dieser Annahme wäre kaum erklärlich, warum in den Rechtsquellen so selten anderen Vormündern als dem Vater oder der Mutter jenes Recht zugestanden wird. Ist nun gleich auch der Vater nach teutschem Rechte Vormund seiner Kinder, so stehen ihm doch weit mehrere Rechte über dieselben zu, als einem gewöhnlichen Vormunde über seinen Mündel, und es darf daher, wenn ihm die eine oder die andere Befugniß beigelegt wird, nicht ohne weiteres angenommen werden, daß dieselbe auch jeder andere Vormund gehabt habe. Die

457) Lüb. Recht v. 1240 §. 185. Cod. Brok. II. 4. Ein Testament konnte nach dem Lüb. Rechte, wenn der Werth des Gegenstandes desselben über 10 Mark betrug, nur in Gegenwart zweier Rathmänner und auch nur so lange, als der Disponent nicht blos sein volles geistiges Bewußtsein, sondern auch noch ein gewisses Maß von körperlicher Kraft hatte, errichtet werden. Lüb. Recht v. 1240 Art. 161. Wenn diese Form nicht beobachtet war, so durfte der Vormund sich der Vormundschaft nicht vor seiner Bestätigung durch den Rath oder das Gericht unterziehen. Lüb. Recht v. 1254 §. 10.

458) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9.

459) Hamburg. Stadtr. v. 1270 V, 2. Anhang zum Richtst. Landrecht Cap. 2.

460) Brem. Stat. v. 1303 Art. 8. Ordin. Senat. Brunsvic. a. 1408. cap. 49. bei Leibnitz, Script. III. 461.

461) Lüb. Recht Cod. Brok. I. 23. S. auch Cod. Brok. III. 40. und Lüb. Recht v. 1254 §. 10.

462) Urkunde von 1461 in Erath, Cod. dipl. Quedlinb. p. 791. nr. 912. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut §. 22, N. 18, Bd. 1, S. 209 flg.

Gleichstellung der Mutter mit dem Vater in dieser Beziehung, zumal da, wo sie in späterer Zeit nach des Vaters Tode zur Vormundschaft über ihre Kinder zugelassen wurde, ist aus dem ganzen Verhältnisse der Eltern zu ihren Kindern leicht erklärlich. Demnach behauptet Kraut wohl mit Recht, daß da, wo überhaupt die Ernennung eines Vormundes auf den Todesfall anerkannt wurde, regelmäßig nur der Vater, nicht aber andere Vormünder, dieses Recht gehabt habe, und daß daher, wenn dasselbe auch einmal einem anderen Vormunde beigelegt wird, man daraus keinen Schluß auf andere Fälle und auf andere Rechtsquellen machen dürfe. Da nun aber auch nach dem römischen Rechte der Vater und unter gewissen Beschränkungen auch die Mutter zur Ernennung eines Vormundes für ihre Kinder berechtigt ist, so entsteht die Frage, ob hier ein eigenthümlich teutscher oder ein dem römischen Rechte entlehnter Grundsatz, der durch seine Anwendung in Teutschland vielleicht etwas modificirt worden ist, vorliege. Dem ältesten Rechte gehört er ohne Zweifel nicht an, da sich in den Quellen der älteren Zeit keine Spuren davon finden[463]) und selbst noch viele wichtige Quellen der mittleren Zeit den entgegengesetzten Grundsatz haben. Dies allein kann aber zur Annahme eines Einflusses des römischen Rechtes hier noch nicht berechtigen. Es ließe sich auch für den teutschen Ursprung jenes Rechtssatzes anführen, daß, wenigstens nach den meisten Statuten, der Vormund nicht, wie im römischen Rechte, in einem Testamente oder Codicill bestellt werden muß und werden kann, sondern daß andere Formen dafür vorgeschrieben sind. Kraut sucht, wenigstens für das Lüb. Recht, den römischen Ursprung jenes Rechtssatzes nachzuweisen und es dürfte auch seine Beweisführung für gelungen zu achten sein[464]). Ein Beweis dafür kann freilich nicht daraus allein entnommen werden, daß das Lüb. Recht wie das römische Ernennung des Vormundes in einem Testamente verlangt. Denn das Wort Testament wird im Lüb. Rechte nicht im römischen Sinne genommen, sondern bezeichnet jede Verfügung von Todes wegen überhaupt und daher nicht blos eine letztwillige, sondern auch eine vertragsmäßige; ferner weicht das Testament des Lüb. Rechtes von dem römischen darin ab, daß es nicht nothwendig eine Erbeinsetzung enthalten muß, ja nicht einmal eine Verfügung über das Vermögen zu enthalten braucht, sondern sich lediglich auf die Ernennung eines Vormundes beschränken kann[465]). Allein, abgesehen davon, daß erweislich das römische Recht schon sehr früh Einfluß auf das Vormundschaftswesen der Stadt Lübeck gehabt hat, wird jeder Zweifel an der Richtigkeit der Behauptung Kraut's durch die Vergleichung einer Stelle des Lüb.

---

463) Von Mittermaier, teutsches Privatr. §. 418, N. 1 und Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 1, §. 44 N. 1, wird zwar dafür Form. Sirmond. 24. angeführt; allein diese Stelle beruft sich, wie Kraut Bd. 1, S. 211, N. 19 bemerkt, schon in ihrem Eingange auf die Lex Romana.

464) Vgl. Kraut Bd. 1, S. 212 flg.

465) S. Albrecht, Gewere S. 211 flg.

Rechtes mit einer Institutionenstelle, welche in ersterer fast wörtlich übersetzt ist, gehoben[466]). In den übrigen Statuten, welche den Vater zur Ernennung eines Vormundes für seine Kinder berechtigen, ist, wenn sie sich gleich nicht ganz frei von dem Einflusse des römischen Rechtes erhalten haben, doch ein solcher unmittelbarer Zusammenhang mit demselben, wie im Lüb. Rechte, nicht erweislich. Darauf, daß sie von den römischen abweichende Formen der Vormundschaftsbestellung haben, ist kein großes Gewicht zu legen, da es leicht erklärlich ist, daß, wenn man die Befugniß des Vaters zur Ernennung eines Vormundes für seine Kinder zu einer Zeit aus dem römischen Rechte entlehnte, wo die römischen Testamente in Teutschland noch nicht bekannt waren, man an die Stelle der fremden Formen andere setzte. Uebrigens wurde es schon sehr früh in einigen Gegenden Teutschlands gewöhnlich, daß der Vater seinen Kindern einen Vormund bestellte. Einen Beweis dafür liefert das Saarbrücker Landrecht von 1321, welches es sogar als eine Pflicht des Vaters ansieht, für seine Kinder in dieser Beziehung zu sorgen und die gesetzliche Vormundschaft gewissermaßen als eine Ausnahme gelten läßt, welche dann nothwendig werde, wenn der Vater nachlässig gewesen sei[467]). — Die Behauptung, daß nicht jeder Vormund berechtigt gewesen sei, einen anderen Vormund zu ernennen, ist nur von der Ernennung auf den Fall seines Todes zu verstehen. Es fragt sich, ob nicht Jemand dadurch habe Vormund werden können, daß der bisherige Vormund bei seinem Leben die Vormundschaft an ihn abtrat. In den Quellen kommt darüber Folgendes vor. Zuvörderst ist es nach dem unter BB. 1. Bemerkten unzweifelhaft, daß der Vormund einer Frauensperson die Vormundschaft über sie an ihren Ehemann abtreten konnte. Die eigene Befugniß des Ehemannes hierzu ergiebt sich daraus, daß er nach der Lex Alemannorum die Vormundschaft über seine Frau dem Entführer derselben überlassen darf[468]). Zweitens kommt in dem Longobardischen Rechte mehrmals der Fall vor, daß der Vormund einer Witwe die Vormundschaft über sie an ihre Verwandten verkauft[469]). Drittens wird in einem Bremer Schöffenurtheile von 1330 erwähnt, daß der Schwerdtmage unmündiger Kinder die Vormundschaft über sie an ihre Cognaten verkauft habe[470]). Viertens findet sich auch, daß

466) Lüb. Recht v. 1240 Art. 205 vgl. mit §. 1. Inst. I. 23. Zum Verständniß der ersteren Stelle ist zu bemerken, daß das Lüb. Recht auch den dem teutschen Rechte unbekannten Unterschied zwischen tutores impuberum und curatores minorum XXV annis angenommen hat und nur die ersteren Vormünder nennt, die letzteren dagegen mit dem Ausdrucke: Besorger bezeichnet.

467) Saarbrück. Landr. Cap. 6, §. 1. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 213 flg.

468) L. Alem. 51. 1.

469) Ediet. Rothar. 199. S. auch ibid. c. 183. 217. Noch führt Kraut Bd. 1, N. 24, S. 215 eine Urkunde von 721 bei Fumagalli, Codice diplomatico Sant' Ambrosiano p. 1. an.

470) Bei Delrich's, vollst. Samml. alter und neuer Gesetze der freien Stadt Bremen S. 164, Nr. 3.

derjenige, welchem der Lehnherr das Lehn eines unmündigen Vasallen für die Zeit der Unmündigkeit desselben geliehen hat und welcher hierdurch zugleich immer Lehensvormund des Unmündigen wird[471]), das so erlangte Recht, mithin auch die Lehensvormundschaft an einen Anderen abtritt[472]). Es entsteht die Frage, ob man aus diesen Fällen auf die Befugniß eines jeden Vormundes überhaupt zur Uebertragung der Vormundschaft an einen Anderen bei seinen Lebzeiten schließen dürfe oder ob jene Fälle als Singularitäten, welche keine Ausdehnung zulassen, zu betrachten seien. Beim ersten Anblick könnte man der letzteren Meinung den Vorzug geben wollen, da in jedem einzelnen der angeführten Fälle immer ein besonderer Grund, welcher die Abtretung zulässig mache, vorzuliegen scheint. Die Befugniß des Ehemannes zur Abtretung der Vormundschaft ließe sich nämlich daraus erklären, daß man es als zum Begriffe der Ehe gehörig ansah, daß er Vormund seiner Frau sein müsse, und hierauf könnte sich auch wohl die Abtretung durch den bisherigen Ehemann an den Entführer zurückführen lassen. Da ferner im zweiten Falle von einer Abtretung der Vormundschaft über die Witwe an deren Verwandte die Rede, bei dem Dritten, wo der Schwerdtmage die Vormundschaft an den nächsten zu deren Führung fähigen Cognaten abtritt, aber das Nichtvorhandensein anderer Schwerdtmagen höchst wahrscheinlich ist, so ließe sich dies mehr als ein Verzicht auf die Vormundschaft zu Gunsten derjenigen, welchen diese, bei dem Nichtdasein des bisherigen Vormundes, ohnehin zugefallen sein würde, als wie eine Veräußerung derselben betrachten. Da in dem vierten Falle endlich die Absicht vorzüglich auf die Benutzung des Lehens gerichtet und die Führung der Lehensvormundschaft nur eine Folge hiervon ist, so würde der Schluß hieraus auf das Recht jedes Vormundes zur Abtretung der Vormundschaft an einen Anderen sehr gewagt sein. Dennoch entscheidet sich Kraut, wohl mit Recht, für diese Befugniß eines jeden Vormundes. Es sind nämlich nur zweierlei Gründe denkbar, welche den Vormund daran hindern konnten, erstens sein Verhältniß zum Staate oder, in der älteren Zeit, zur Gemeinde; zweitens sein Verhältniß zu der übrigen Familie. Aber eine derartige Einmischung des Staates oder der Gemeinde in Familienverhältnisse widerspricht dem Geiste des älteren teutschen Rechtes, nach welchem alle öffentlichen Einrichtungen auf der Familienverbindung beruhten. Vielmehr entspricht es diesem Geiste, zu behaupten, daß die Gemeinde es zunächst jeder Familie selbst überließ, durch wen ihre unmündigen Mitglieder vertreten werden sollten. Auch spricht dafür, daß das sächsische Recht nur deshalb noch in späterer Zeit dem Vater die Ernennung von Vormündern für seine Kinder auf den Fall seines Todes nicht gestatten wollte, weil er dadurch Anderen ein Recht entzogen haben würde, welches er selbst bei seinem Leben nicht

471) Gloss. z. sächs. Lehnr. Cap. 26.

472) Urkunde von 1334 bei Gercken, Cod. dipl. Brand. T. III. nr. 69. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 215, N. 27.

entbehren wollte, nicht aber, weil es eine solche Ernennung überhaupt für unzulässig gehalten hätte. Was dagegen das Verhältniß des Vormundes zur Familie des Mündels anlangt, so wird wohl Kraut beizupflichten sein, wenn er behauptet, daß der geborene Vormund, da er als Organ der ganzen Familie den Unmündigen schützt (vgl. allgem. Theil Abschn. 5), nur mit Einwilligung der übrigen mündigen Familienglieder die Vormundschaft an einen Anderen abtreten könne, so daß die Nichteinwilligenden die Abtretung nicht anzuerkennen brauchen. Dafür spricht nicht nur die Analogie aller ähnlichen Verhältnisse, sondern es scheint auch darauf die Entscheidung in dem vorher erwähnten Bremer Schöffenurtheile zu beruhen[473]. Nur der Vormund einer Frauensperson war wohl ein für alle Mal zur Abtretung der Vormundschaft über sie an ihren Bräutigam bevollmächtigt, obwohl er auch hierbei meistens andere Verwandte zuzog[474]. Auch konnte wohl der Vater aus leicht begreiflichen Gründen die Vormundschaft über seine Kinder ohne Einwilligung Anderer veräußern[475]. — Endlich kann auch Jemand durch die eigene Wahl desjenigen, dessen Vormund er werden soll, zur Vormundschaft berufen werden. Zur eigenen Wahl eines Vormundes sind berechtigt: 1) nach den Rechtsquellen, welche einen Unterschied zwischen dem: zu seinen Jahren, und dem: zu seinen Tagen gekommen sein, machen, alle Jünglinge, welche zu ihren Jahren, aber noch nicht zu ihren Tagen gekommen sind[476]. Nach den Goslar. Statuten darf der zu seinen Jahren gekommene Jüngling nicht nur sich selbst, sondern auch seinen unmündigen Geschwistern, deren Vormund er, wenn er sich nicht selbst unter Vormundschaft gestellt hätte, gewesen wäre, einen Vormund wählen[477]. Dies scheint aber blos eine Eigenthümlichkeit des Goslar. Stadtrechtes zu sein. Wenigstens ist diese Stelle in dem vermehrten Sachsenspiegel mit einer (freilich den Worten nach nur unbedeutenden) Abänderung, wodurch sie einen ganz anderen Sinn erhält, aufgenommen[478]. Zur eigenen Wahl eines Vormundes sind berechtigt: 2) nach einigen Rechtsquellen alle Männer, welche über ihre Tage gekommen, d. h. wenigstens 60 Jahre alt sind[479]; 3) nach anderen auch diejenigen Männer, welche wegen Krankheit sich nicht selbst vorstehen können[480]; 4) die Lahmen, welche aber nach den Rechtsbüchern nur noch bei dem gerichtlichen Zweikampfe einen Vormund

473) Vgl. darüber Kraut Bd. 1, S. 217.

474) L. Sal. 70. L. Wisigoth. III. 1. 7. L. Saxon. 6. 1. Form. Lindenbrog. 75. (bei Walter 3. 434.)

475) Er hatte ja sogar das Recht, seine Kinder unter gewissen Voraussetzungen in die Unfreiheit zu verkaufen; vgl. den Art. Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 47. Andere Gründe s. bei Kraut Bd. 1, S. 218, N. 31.

476) Vgl. Besond. Theil Abth. 2, A. AA. unter 3.

477) Goslar. Stat. S. 18, Z. 1—3.

478) Verm. Sachsensp. I, 42, 8. (Rechtsb. nach Distinct. I, 49, 10.)

479) Sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 1. Görlitz. Landr. Cap. 47, §. 17 a.

480) Görlitz. Landr. a. a. O.

haben dürfen[481]; 5) nach mehreren späteren Rechtsquellen alle Witwen[482]; 6) nach einigen Rechten auch alle Jungfrauen, welche zu ihren Jahren gekommen sind[483], und nach anderen wenigstens solche, deren bisheriger Vormund seiner Vormundschaft entsetzt ist[484]. — Diejenigen, welchen das Recht zustand, auf ihren Todesfall Unmündigen einen Vormund zu ernennen, waren dabei nicht an bestimmte Personen, z. B. die Verwandten des Mündels, gebunden; sondern es war hinreichend, wenn sie nur einen zur Führung der Vormundschaft überhaupt Fähigen wählten[485]. Anderen Beschränkungen unterlagen auch diejenigen nicht, welche sich selbst einen Vormund wählen konnten, namentlich Kinder, welche zu ihren Jahren gekommen sind[486]. Daher stand es auch ganz in dem Belieben des Kindes, ob es seinen bisherigen Vormund beibehalten oder sich einen anderen wählen wollte[487]. Gewöhnlich behielt wohl das Kind seinen bisherigen Vormund bei, welcher daher meistens ohne weiteres die Vormundschaft so lange fortführte, bis sein Mündel ihm entweder dieselbe kündigte oder das Alter erreicht hatte, wo er keinen Vormund mehr haben durfte[488]. Hiervon war die natürliche Folge, daß der Knabe, als es später nicht mehr seiner Willkür überlassen wurde, ob er noch bis zu einer gewissen Altersstufe einen Vormund haben wollte, sondern er bis zu derselben unter Vormundschaft stehen mußte, wenn er sich seines Wahlrechtes nicht bediente, immer denselben Vormund behielt. Es war daher nur ein unbedeutender Schritt weiter, daß ihm später, nach Erreichung des früheren Termines der Mündigkeit, nur im Falle genügender Gründe zur Unzufriedenheit mit seinem bisherigen Vormunde gestattet wurde, denselben zu entlassen, außerdem derselbe auch wider des Mündels Willen so lange bei der Fortführung der Vormundschaft gelassen wurde, bis derselbe mündig geworden war[489].

---

481) Sächs. Landr. B. 1, Art. 48, §. 2. Dagegen scheinen eigentliche Krüppel, Blinde, Stumme, Taube und Aussätzige nicht das Recht zur eigenen Wahl eines Vormundes gehabt zu haben, sondern wie gewöhnliche Unmündige betrachtet worden zu sein und daher regelmäßig unter der Vormundschaft ihrer nächsten Schwerdtmagen gestanden zu haben, s. sächs. Distinct. I, 16, 4. Verm. Sachsensp. I, 3, 9. Sächs. Landr. B. 1, Art. 4.

482) Erfurt. Stat. 26 (bei Walch Bd. 1, S. 110). S. auch Aude Schrae von Soest Art. 165 bei Emminghaus p. 191. und Gildemeister, Beitr. zur Kenntn. des väterl. Rechtes Bd. 2, S. 10—39.

483) Magdeb. Recht v. 1304 §. 131 (bei Gaupp S. 314).

484) Glosse zum sächs. Lehnr. Cap. 56.

485) Erfurt. Stat. v. 1306 §. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 98).

486) Magdeb. Recht v. 1261 (bei Gaupp S. 239). Goslar. Stat. S. 18, Z. 1, 2.

487) Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176 (bei Walch Bd. 1, S. 58). S. auch alt. Culm. Recht 4, 100. Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 153, Nr. 1. Magdeb. Fragen I. 9, 2. Freiberg. Stadtr. bei Schott 3, 155, §. 4 bei Walch 3, 164, §. 6. Braunschweig. Stat. bei Leibnitz III. 439. 48.

488) Freiburg. Stadtr. v. 1120 §. 34.

489) Dieser Grundsatz findet sich schon im Schwabensp. 310, 10.

3) Verfügung der obervormundschaftlichen Behörde. Ist endlich kein rechter Vormund vorhanden und hat auch der Vater oder ein anderer dazu Berechtigter der Unmündigen keinen Vormund ernannt, so hat der Richter vermöge seiner obervormundschaftlichen Gewalt ihnen einen solchen zu bestellen. Ein solcher Vormund heißt daher nicht nur, wie schon früher bemerkt wurde (vgl. BB. 1.), ein gegebener oder gesetzter Vormund, sondern auch: Vormund von Gerichts halben oder wegen[490]), und ebenso heißt seine Vormundschaft: Vormundschaft von Gerichts wegen[491]). Ursprünglich scheint aber der Richter nur bei einer von einem Unmündigen vor Gericht vorzunehmenden Handlung einen Vormund bestellt zu haben. Wenigstens wird in vielen Rechtsquellen und namentlich in allen sächsischen Rechtsbüchern bis zu dem vermehrten Sachsenspiegel herab kein anderer vom Richter bestellter Vormund erwähnt[492]). Ferner hat nach dem Sachsenspiegel der Richter den Vormund immer nur für die einzelne Gerichtssitzung zu bestellen[493]). Eine Abweichung einiger Statuten hiervon ist, daß derjenige, welcher einmal zum Gerichtsvormund bestellt worden ist, dies bis zur gänzlichen Beendigung des Rechtsstreites bleiben muß[494]). Solche Unmündige, welchen es an einem rechten oder gekorenen Vormunde fehlte, hatten daher in der Regel keinen beständigen Vormund. Einen solchen können sie jedoch nach Lüb. Rechte dadurch erhalten, daß Jemand mit Erlaubniß der obervormundschaftlichen Behörde die Vormundschaft freiwillig über sie übernimmt[495]). Aber schon der Schwabenspiegel verpflichtet den Richter, jedem Unmündigen unter 25 Jahren einen beständigen Vormund zu setzen[496]). Dies findet sich auch im späteren sächsischen Rechte. Da aber dieses nur die Schwerdtmagen, nicht die Cognaten, zur Vormundschaft beruft, so war der Richter zur Zuziehung des Rathes der Cognaten bei Bestellung des Vormundes angewiesen[497]). Bei späterer größerer Ausbildung der Obervormundschaft wurde die von der obervormundschaftlichen Behörde angeordnete Vormundschaft zur Regel und die rechte Vormundschaft

---

490) Sächs. Landr. B. 1, Art. 47.

491) Glosse zum sächs. Lehnr. Cap. 26.

492) Vgl. sächs. Landr. B. 1, Art. 43, 44. Richtst. Landr. 33. Stat. von Asberg. Art. 6. Auch die Goslar. Statuten kennen keinen anderen Vormund, wie sich daraus ergiebt, daß nach ihnen (S. 42, Z. 10—12) der Vogt einen Geisteskranken, welcher keinen Vormund hat, beaufsichtigen lassen soll, damit er nicht schade, oder ihn aus der Stadt zu schicken hat, was nicht nöthig gewesen wäre, wenn er ihm einen beständigen Vormund hätte bestellen können.

493) Sächs. Landr. B. 1, Art. 47.

494) Hamburg. Stat. v. 1270 V, 1; v. 1292 D. 1; v. 1497 D. 1; v. 1603 I, 11, 1. Lüb. Recht Cod. Brok. II. 14. III. 45.

495) Lüb. Recht Cod. Brok. I. 182. S. auch Cod. Brok. I. 77. II. 5. III. 40. Lüb. Recht v. 1235 Art. de pueris, und v. 1240 Art. 76 bei Westphalen 3. 648.

496) Schwabensp. 325, 1, 2.

497) Sächs. Distinct. I, 14, 4.

blieb nur noch darin wirksam, daß die Behörde, wenn der Unmündige Verwandte hatte, welche zur Führung einer Vormundschaft fähig waren, einen unter den nächsten Verwandten zum Vormunde bestellen und die übrigen Verwandten dabei zu Rathe ziehen mußte, wie bereits früher bemerkt worden ist. Uebrigens konnte die Behörde auch nur zur Führung der Vormundschaft fähige Personen zu Vormündern bestellen. Nur das Erforderniß der Ebenbürtigkeit des Vormundes wurde in späterer Zeit nicht mehr beobachtet[498].

4) Allgemeine Bemerkungen. Die rechte Vormundschaft hatte ursprünglich immer nur ein Einzelner zur Zeit zu führen, eine Regel, welche auch bei den andern Arten der Vormundschaft stattfand. Doch werden in späterer Zeit bisweilen auch mehrere zugleich zu einer rechten Vormundschaft berufen[499]. Auch kann nach manchen Statuten der Vater seinen Kindern mehrere Vormünder ernennen[500], sowie auch die obervormundschaftliche Behörde einem Unmündigen mehrere Vormünder zugleich bestellen darf[501]. Auch kann nach teutschem Rechte Jemand, welcher einen allgemeinen Vormund hat, noch neben diesem für einzelne Gegenstände seines Vermögens oder für eine einzelne Handlung einen besonderen Vormund haben. Der erste Fall kommt vor, wenn der Vormund ein Lehn hat; denn da die Lehensvormundschaft nach anderen Grundsätzen deferirt wird, als die gewöhnliche Vormundschaft, so ist die Vereinigung der gewöhnlichen Vormundschaft und der Lehensvormundschaft in Einer Person immer nur zufällig. Ferner hatte in der späteren Zeit des Mittelalters sehr häufig die Ehefrau neben ihrem Ehemanne noch einen besonderen Vormund für ihr Leibgedinge, bisweilen auch für ihre Mitgift. Für eine einzelne Handlung bedurfte aber der Mündel neben seinem gewöhnlichen Vormunde noch eines anderen, wenn er gegen diesen klagen oder mit ihm selbst ein Rechtsgeschäft abschließen wollte[502], und ferner, wenn derselbe sich seiner nicht an=

498) Glosse zum sächs. Lehnr. Cap. 26.

499) So sollen z. B. nach dem Saarbrück. Landr. v. 1321 Cap. 6, §. 1 immer zwei der nächsten Magen Vormünder sein; in dem alten bayer. Landrecht bei Heumann 85. 2. wird der Fall angenommen, daß sogar vier Vormünder dieselbe Vormundschaft führen können; in Bremen bestimmte ein Raths= und Bürgerbeschluß v. 1416 (bei Oelrichs S. 84, auch in den Stat. v. 1433 Stat. 17 ebd. S. 457), daß jedes unmündige Kind zwei Vormünder, einen von der väterlichen, einen von der mütterlichen Seite haben solle.

500) Z. B. Erfurt. Stat. v. 1306 §. 9. Lüb. Recht v. 1240 §. 32. Cod. Brok. I. 33. II. 10. III. 42.

501) Alte Münster. Pol.=Ordn. §. 14. Die Bestimmung der Brem. Stat. v. 1303 Stat 8, 9 (bei Oelrichs S. 25 flg.) und der Verden. Stat. Art. 27, 28 (bei Pufendorf 1. 86 sq.), daß jeder rechte Vormund zwei Mitvormünder neben sich haben soll, welche zunächst von dem überlebenden Adscendenten, sei es der Vater oder die Mutter, zu erwählen und, wenn derselbe es unterlassen hat, vom Rathe zu setzen sind, ist nach der Bemerkung von Donandt, Gesch. des Brem. Stadtrechtes Th. 2, S. 224 flg. wenigstens in Bremen, nie praktisch bedeutsam geworden.

502) Sächs. Landr. B. 1, Art. 44. Schwabensp. 328, 1.

nahm[503]) oder für den Augenblick nicht zu haben war[504]). — Sowie der Erbe nach dem älteren teutschen Rechte in dem Augenblicke des Todes des Erblassers nach dem Rechtssprüchworte: „der Todte erbt den Lebendigen“, in alle Rechte desselben eintritt, so ging auch die rechte Vormundschaft in demselben Augenblicke, wo sie nöthig wurde, ohne weiteres auf den dazu Berufenen über, so daß er gleich von demselben Zeitpunkte an als rechter Vormund der Unmündigen betrachtet wurde, und ebenso wie der Erbe, wenn er die Erbschaftssachen noch nicht wirklich besaß, durch den Anfall der Erbschaft das Recht erhielt, sich zu derselben zu ziehen oder sich ihrer zu unterwinden, so hatte auch der Vormund, um wirklich die Vormundschaft führen zu können, sich zu derselben zu ziehen oder sich ihrer zu unterwinden[505]). Das: sich zu der Vormundschaft ziehen oder sich derselben unterwinden, bestand darin, daß der Vormund den Mündel und dessen Vermögen an sich nahm[506]). Daher mußte auch der Vormund einer Frauensperson, wenn er die Vormundschaft über sie an ihren Bräutigam verkauft hatte, sie diesem mit ihrem ganzen Vermögen übergeben[507]). Sowie aber der Erbe durch die Erklärung, nicht Erbe sein zu wollen, sein Verhältniß zur Erbschaft aufheben konnte, so konnte auch der rechte Vormund erklären, daß er mit der Vormundschaft nichts zu thun haben wolle und dadurch sein Verhältniß als Vormund auflösen. Denn es wird nicht nur die rechte Vormundschaft als eine rechtliche Verpflichtung des dazu Berufenen bezeichnet, sondern es wird auch in mehreren Stellen ausdrücklich gesagt, daß es in dessen Willkür stehe, ob er Vormund sein wolle oder nicht[508]). Obgleich nun aber kein rechter Vormund durch den Richter gezwungen wurde, sich der Vormundschaft zu unterwinden, so fand doch hier, außer dem schon durch die Sitte auferlegten Zwange, ein indirecter rechtlicher Zwang statt. Es mußten nämlich nach dem älteren Rechte bei Vergehen eines der Familienglieder die übrigen dafür haften und zwar in der Ordnung, in welcher die Vormundschaft über jenes Familienglied, wenn es eines Vormundes bedurfte, ihnen zufiel[509]); deshalb mußte auch der zur rechten Vormundschaft über einen Unmündigen Berufene, wenn dieser Anderen Schaden zufügte, dafür haften, auch wenn er sich der Vormundschaft über diesen nicht unterwunden hatte. So sehr dies schon dem ältesten teutschen Rechtssysteme entspricht, so wird es doch erst in

---

503) Richtst. Landr. Cap. 43.

504) Sächs. Landr. B. 1, Art. 43. Schwabensp. 323, 1 u. 320, 6, 7.

505) Const. de tutor. der Stadt Hörter bei Wigand, Archiv I, 3, 39. Verm. Sachsensp. I, 43, 2.

506) Magdeb. Fragen I, 8, 5. Schwabensp. 323, 3. Alte Münster. Pol.-Ordn. Art. 13.

507) Form. Longob. 21. (bei Walter 3. 557.)

508) L. Longob. II. 48. 1. Sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 2. Hildesheim. Stat. §. 134 (bei Pufendorf 4. 304).

509) S. besonders L. Angl. et Werin. VI. 1. 5.

einer verhältnißmäßig ziemlich späten Rechtsquelle ausgesprochen[510]). In der in der Note angeführten Stelle wird nämlich das Verfahren beschrieben, welches beobachtet werden muß, wenn ein Kind unter seinen Jahren oder ein Wahnsinniger Jemanden ermordet hat. Es wird dabei der Fall angenommen, daß der rechte Vormund des Unmündigen nicht vor Gericht erscheint und daher der Richter diesem einen Vormund bestellt. Mit demselben wird die Sache weiter verhandelt und dann so entschieden, wie angegeben worden ist. Hatten die Unmündigen Vermögen, so lag ferner ein indirecter Zwang zur Uebernahme der Vormundschaft für den rechten Vormund darin, daß, wenn er sich dieser nicht unterwand, die Gläubiger des Erblassers der Unmündigen das von diesen ererbte Gut so lange, bis sie entweder die Mündigkeit erreicht oder einen Vormund erhalten hatten, mit Beschlag belegen (bekümmern und besetzen von Gerichts wegen) konnten und ihnen nur den nothwendigen Lebensunterhalt daraus zu verabfolgen nöthig hatten[511]), so daß der Vormund dann der Rechte, welche er sonst an dem Vermögen seiner Mündel gehabt haben würde, verlustig ging. Wenn er aber deshalb unterließ, sich der Vormundschaft zu unterwinden, um die Gläubiger mit ihren Forderungen hinzuhalten oder ihnen deren Verfolgung zu erschweren, so konnten sie deshalb gegen ihn klagen und dann zwang ihn der Richter, für die Schuld zu antworten[512]). Mehr als dieser indirecte rechtliche Zwang, war wohl die durch die Sitte auferlegte Pflicht der Grund davon, daß der Anfall einer Vormundschaft einen Dienstboten berechtigte, den Dienst auch außer der Zeit zu verlassen, ohne daß er dadurch einen anderen Nachtheil erlitt als den, daß er für die noch übrige Dienstzeit den Lohn verlor[513]). — Das Obige ergiebt, daß man die rechte Vormundschaft ursprünglich nicht sowohl als eine Pflicht, als vielmehr als ein Recht des dazu Berufenen betrachtete. Später trat mehr der Gesichtspunkt einer Pflicht zur Führung der Vormundschaft hervor, zu deren Erfüllung die obervormundschaftliche Behörde den

510) Richtst. Landr. Cap. 43: „so frag zurechte: wer Kinder und unsynniger lewt vormunden sein sulle? So vindt man: ir nächster elster ebenpürtiger swertmagk. So frag: nach dem das er von rechtswegen schull ir vormundt sein und nicht durch gats willen, und das nicht gethan hab, als er selber bekannt hab, und sein verwarlost gelassen hab, also das er das kint nicht entwang, noch das unsynnig mensch oder den thoren nicht bewart, ob er icht soll von dem seinen den schaden gelten und pesserung geben, ober von den iren nicht gegelten mag, und das von seiner verwarlosung zu kummen sey, oder was rechtens darumb sei? So vindet man: er soll gelten.“

511) Sächs. Distinct. I, 14; 14 u. 22. V, 4, 10.

512) Magdeb. Fragen I, 8, 10. (Alt. Culm. Recht 4, 105 Sächs. Distinct. I, 14, 7. V, 4, 9. Vgl. auch Magdeb. Schöffenspr. bei Böhme 6, 101, N. 5.)

513) Sächs. Landr. B. 2, Art. 33. S. auch Hamburg. Stat. v. 1270 V, 4. Lüb. Recht Cod. Brok. II. 16. III. 48.

Vormund bei strengen Strafen anhalten konnte[514]). — Derjenige, welcher vom Vater oder einem anderen dazu Berechtigten zum Vormunde nach seinem Tode bestellt worden war, trat hierdurch ganz in die Stelle des rechten Vormundes ein. Es fiel ihm daher gleich bei dem Tode jenes die Vormundschaft ohne weiteres zu, und er erhielt, so wie der rechte Vormund, dadurch das Recht, sich derselben zu unterwinden[515]). Ob er aber auch darin dem rechten Vormunde gleichstand, daß er nicht durch directen Zwang hierzu angehalten werden konnte, ist eine Frage, welche Kraut einer genaueren Prüfung unterwirft. Er hält es für unzweifelhaft, daß ein solcher Zwang nicht von der obervormundschaftlichen Behörde ausgehen konnte, für zweifelhafter dagegen, ob der Vormund nicht dem Mündel selbst und dessen Familie gegenüber zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet war. Obgleich nämlich die Bestellung des Vormundes ihrer Form nach in der Regel durch eine einseitige Erklärung des Bestellenden geschah, so ging ihr doch gewöhnlich eine Verabredung mit dem Vormunde voraus, und es entsteht daher die Frage, ob dieser dadurch so gebunden wurde, daß ein einseitiger Rücktritt unzulässig war. Kraut glaubt, wohl mit Recht, diese Frage verneinen zu müssen. Denn nirgends findet sich davon auch nur eine leise Andeutung, daß der Vormund zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet gewesen sei, sondern überall ist nur von einem Rechte desselben die Rede, zu verlangen, daß er dem rechten Vormunde vorgehe. Selbst die sächsische Form, daß der Vormund vor Gericht bestellt und von demselben bestätigt werden muß, hat nur den Sinn, daß dieselbe den rechten Vormund verhindern soll, die Vormundschaftsbestellung anzufechten, und der gekorene Vormund wird dadurch ebensowenig gebunden, wie derjenige, welchem eine Sache gerichtlich aufgelassen ist, dadurch verpflichtet wird, sein Recht nicht einseitig wieder aufzugeben. Hiernach kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß der vom Mündel selbst gekorene Vormund die Vormundschaft nicht übernehmen muß. Dagegen wird mit Kraut wohl angenommen werden müssen, daß ein vom Richter gewählter Vormund in Ermangelung rechtlicher Entschuldigungsgründe sich der Vormundschaft unterziehen mußte, da der Gehorsam gegen richterliche Aufforderungen Pflicht aller Gerichtsunterthanen war. Die rechtlichen Entschuldigungsgründe, welche von der Uebernahme der Vormundschaft befreiten, waren auch wohl nicht ein für alle Mal bestimmt, sondern waren in jedem einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung überlassen. — Nach dem Bisherigen bedurfte ursprünglich kein rechter Vormund, ehe er sich der Vormundschaft unterwand, der Bestätigung der obervormundschaftlichen Behörde. Auch ergiebt das Obige, daß nur

514) Dies findet sich namentlich schon in dem kl. Kaiserr. 2, 32. Glosse zum sächs. Landr. B. 1, Art. 23. Const. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 39.

515) Sächs. Distinct. I, 14, 16.

das spätere sächsische Recht eine Bestätigung der erkorenen Vormünder forderte und hier auch der vom Vater seinen Kindern gesetzten, nicht aber auch der von dem Unmündigen selbst sich gewählten. Es ist jedoch bereits erwähnt worden, daß allmälig es Grundsatz wurde, daß jeder Vormund vor der Uebernahme seines Amtes der obervormundschaftlichen Bestätigung bedürfe und daß dieser Grundsatz durch die Reichsgesetzgebung im 16. Jahrhundert gemeinrechtlich wurde[516]).

CC. Wirkungen der Vormundschaft nach älterem teutschen Rechte. 1) Einleitung. Die Darstellung der Wirkungen der Vormundschaft hat ihre besonderen Schwierigkeiten, auf welche Kraut aufmerksam gemacht hat. Eine derselben liegt in dem Zustande der Quellen der verschiedenen Zeiten; denn nur die Quellen der mittleren Zeit sind darüber einigermaßen vollständig, die der älteren dagegen auch hier so mangelhaft, daß sich kaum aus ihnen ein genügendes Bild entwerfen läßt, und doch hatte ganz unzweifelhaft in der mittleren Zeit die Vormundschaft schon theilweise eine von ihrer ursprünglichen abweichende Gestalt angenommen. Namentlich waren die Wirkungen derselben schon jetzt bei den einzelnen Klassen der Personen, welche unter Vormundschaft stehen, weit verschiedener als in der älteren Zeit, und hieraus entsteht eine fernere Schwierigkeit. Denn nach dem Inhalte der Quellen der mittleren Zeit darüber könnte es scheinen, als ob die Wirkungen der Vormundschaft nach Verschiedenheit der darunter stehenden Personen so verschiedenartig seien, daß kaum etwas Gemeinsames darüber gesagt werden könne. Dies gilt besonders von dem Einflusse der Vormundschaft auf das Vermögen des Mündels. Diese Verschiedenheit hat sich im neueren Rechte noch vergrößert, so, daß manche Zweige der Vormundschaft, z. B. die des Vaters über seine Kinder, jetzt in der Regel gar nicht mehr als solche, sondern als eigenthümliche, für sich bestehende Institute angesehen werden. In dem Folgenden sind zunächst die Wirkungen, welche die Vormundschaft in der älteren Zeit auf die Person des Mündels hatte, darzustellen, die Erörterung des Einflusses auf ihr Vermögen aber auf die Darstellung der einzelnen Arten der Vormundschaft zu ersparen. — So mannigfach auch die Wirkungen der Vormundschaft sind, so lassen sie sich doch aus einem allgemeinen Gesichtspunkte erklären. Dieser besteht für die ältere Zeit darin, daß die Vormundschaft nach ihrer ursprünglichen Bedeutung, wenn auch nicht mit der Gewere identisch, doch allerdings ein derselben und besonders der Gewere an freien Leuten analoges Verhältniß ist. Dies ergiebt sich nicht nur aus einer Vergleichung der Wirkungen der Vormundschaft mit denen der Gewere, sondern wird auch im longobard. Rechte ausdrücklich angedeutet[517]). Die letzten Worte der in der Note

516) Schon vor den Reichspolizeiordnungen verlangten die obrigkeitliche Bestätigung aller Vormünder die Frankf. Reform. v. 1509 Tit. De tutelis §. 4. Worms. Reform. B. 4, Th. 1, Tit. 3.

517) Edict. Rothar. c. 183. Es ist hier von dem Falle die Rede, wenn

angeführten Stelle erklärt Kraut so: denn auch sonst (aliter) ist es Regel, daß ohne Uebergabe keine Gewere an Sachen Bestand habe. Es wird daher hier der schon früher angeführte Grundsatz des teutschen Rechtes, daß zum Uebergange der Vormundschaft auf einen Anderen durch Abtretung von Seiten des bisherigen Vormundes die wirkliche Uebergabe des Mündels nothwendig sei, ausdrücklich aus der Analogie der Vormundschaft mit der Gewere abgeleitet. Eine fernere Analogie zeigt sich darin, daß, sowie bei der Erbfolge die Gewere an den Sachen des Erblassers in dem Augenblicke seines Todes auf den Erben übergeht, ohne daß es erst der Besitzergreifung derselben durch den Erben bedurfte, so auch bei der Vererbung der Vormundschaft diese bei dem Tode des bisherigen Vormundes gleich auf dessen Nachfolger übergeht, ohne daß erst eine besondere Antretung oder Uebernahme nöthig war. Bei der Vergleichung der Wirkungen der Vormundschaft mit denen der Gewere ist aber stets zu berücksichtigen, daß jene keine so unbeschränkte Herrschaft über den Gegenstand derselben enthält, wie diese, sondern daß der Mündel ein freier Mensch ist, mit Rechten nicht blos Dritter, sondern auch dem Vormunde gegenüber, welche letzterer nicht ungestraft verletzen darf.

2) Recht des Vormundes, sich des Mündels und seines Gutes zu unterwinden. Sowie jeder, welchem die Gewere an einer Sache beigelegt wird, sobald er diese nicht besitzt, das Recht hat, sich derselben zu unterwinden, so steht auch jedem Vormunde die Befugniß zu, sich seines Mündels und, vermöge dieses auf dessen Person habenden Rechtes, sich auch der Sachen desselben zu unterwinden, d. h. Beides, den Mündel und dessen Vermögen an sich zu nehmen, und wenn ein Dritter ihm das Eine oder das Andere vorenthält, diesem dasselbe gerichtlich abzufordern. Dies ergiebt sich besonders aus mehreren dem sächsischen Rechte angehörigen Stellen[518]), welche um so wichtiger sind, weil sie zugleich ergeben, daß der Vormund jenes Recht selbst gegen die leibliche Mutter seiner Mündel geltend machen kann, und wie die erste Stelle ausdrücklich sagt, dieser ihr Kind sogar dann, wenn sie dasselbe noch säugt, abfordern darf. Die Härte, welche für die Mutter darin lag, verschwand aber im älteren Rechte in den meisten Fällen dadurch, daß sie, wenn sie ihrem Manne ebenbürtig gewesen war, während ihres Witwenstandes mit den Kindern denselben Vormund hatte und also mit ihnen innerhalb der Gewere (Haus und

---

Jemand für eine Freie den Muntschatz gegeben hat und sie ihm zur Ehefrau übergeben worden ist und nach dem Tode des Mannes die Frau entweder wieder heurathen oder zu den Verwandten oder ad curtem Regis zurückkehren will. Dann soll der Erbe des ersten Mannes die Hälfte des Muntschatzes erhalten und dann wird fortgefahren: et ipsa per manum simili modo retradatur, sicut priori marito tradita fuerit. Nam aliter sine traditione nullam rerum dicimus subsistere firmitatem.

518) Magdeb. Fragen I, 8, 5. (Sächs. Distinct. I, 14, 12 u. 13.) Magdeb. Recht von 1304 Art. 134 (bei Gaupp S. 315).

Hof) des Vormundes lebte. Daß der Vormund die Kinder der Mutter abforderte, kam daher regelmäßig nur im Falle ihrer Wiedervereheliehung vor, und auch nur in diesem Falle scheint er in späterer Zeit, als die Mutter mit ihren Kindern nicht mehr in seinen Geweren wohnte, jenes Recht ausgeübt zu haben, wenn er nicht etwa aus ganz besonderen Gründen zur sonstigen Geltendmachung desselben veranlaßt wurde [519]). Auch wird es in manchen Statuten ausdrücklich auf diesen Fall beschränkt [520]). Der Vormund kann, wenn ihm der Mündel ohne seinen Willen entzogen ist oder sich selbst ihm entzogen hat, denselben ebenso, wie der Inhaber der Gewere den Gegenstand derselben, wenn dieser ohne seinen Willen aus seinem Besitze gekommen ist, wieder zurückfordern [521]). Sowie aber die Klage aus der Gewere durch den Besitz der Sache durch den Dritten seit Jahr und Tag ausgeschlossen wurde, so konnte auch der Vormund seinen Mündel nicht mehr zurückfordern, wenn sich dieser schon ein Jahr lang in der Gewere des Dritten befunden hatte [522]).

3) Recht des Vormundes auf die Vormundschaft über die Kinder seines Mündels. Sowie der Inhaber der Gewere an einer Sache auch die Gewere an Allem erhält, was aus ihr hervorgeht, so hat auch der Vormund die Vormundschaft über alle Kinder, welche die unter seiner Vormundschaft stehende Frauensperson gebiert [523]). Daher stehen auch, wenn Jemand eine Frau nimmt, ohne die Vormundschaft über sie von ihrem bisherigen Vormunde erworben zu haben, die mit ihr erzeugten Kinder nicht unter seiner Vormundschaft, sondern unter der des letzteren [524]). Aus demselben Grunde erhält der rechtmäßige Ehemann, wenn ein Dritter seine Frau entführt und Kinder mit ihr erzeugt, die Vormundschaft über dieselben, wenn nicht jener schon vor der Geburt der Kinder die Vormundschaft über die Frau ihm abgekauft hatte [525]).

4) Recht des Vormundes, von seinem Mündel Gehorsam zu verlangen und ihn zu strafen. Es liegt schon in der Idee eines teutschen Hausvaters, daß er von allen innerhalb seiner Gewere befindlichen Personen Gehorsam fordern kann. Daher hatte auch der Vormund ohne Zweifel dieses Recht über den Mündel, wenn dieser mit ihm in denselben Geweren wohnte, seien es nun die Gewere des Vormundes oder seine eigenen; denn auch wenn der Vormund in die Geweren des Mündels gezogen war, übte er da die Rechte eines

519) Rechtsb. der Stadt Herford aus dem 14. Jahrh. Art. 56 (Wigand, Archiv II, 51). Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 289 flg.

520) Lüb. Recht Cod. Brok. III. 353.

521) Dies ergeben folgende Stellen: Form. ad Edict. Rothar. 222. L. Alem. 51. u. 54. 1. Form. ad Edict. Rothar. c. 217.

522) Form. ad Edict. Rothar. 222.

523) L. Liutpr. 126. (6. 73.) S. noch Edict. Rothar. 217.

524) L. Alem. 54. 1. 3.

525) L. Alem. 51.

Hausvaters aus. Ausdrücklich wird dieses Recht dem Ehemanne in Bezug auf seine Ehefrau beigelegt[526]). Hiermit hängt das Recht des Vormundes zusammen, seinen Mündel, wenn er ihm nicht gehorcht oder sich sonst vergangen hat, zu strafen; ein Recht, was auch nicht der Vormundschaft eigenthümlich ist, sondern jedem Hausvater zusteht, und von Seiten des Vormundes ebenso wie das erstere Recht dadurch bedingt ist, daß der Vormund den Mündel bei sich in der Gewere hat[527]). Jedoch ist das Strafrecht des Vormundes von dem des Herrn über seinen Unfreien dadurch wesentlich verschieden, daß eine willkürliche Ausübung nicht gestattet ist, sondern daß ihm durch die Rechtssitte und später durch das Gesetz gewisse Grenzen gesetzt sind, deren Ueberschreitung den Vormund in der älteren Zeit der Familie des Mündels verantwortlich machte und ihm später öffentliche Strafen zuzog, während das Recht des Herrn nur durch sein Gewissen beschränkt ist. Jene Grenzen bestehen theils darin, daß die Strafe zu dem Vergehen im Verhältniß stehen muß, theils darin, daß nicht allen Vormündern ein Strafrecht von gleichem Umfange zusteht. Am ausgedehntesten war das Strafrecht des Vaters, des Ehemannes und des Vormundes von unjährigen Kindern, welche in dieser Beziehung sich ziemlich gleich gestanden zu haben scheinen; beschränkter das des Vormundes zu ihren Jahren gekommener Frauenspersonen, welchem wohl wieder die Vormünder preßhafter und solcher Personen, welche sich freiwillig unter Vormundschaft gestellt hatten, gleich standen[528]). Nach der dritten der in der Note angeführten Stellen begriff das Strafrecht des Vormundes in der älteren Zeit selbst die Todesstrafe in sich, indem er nach derselben nur dann schuldig sein soll, für die Tödtung seines Mündels eine Composition zu erlegen, wenn er ihn unschuldiger Weise (immerentem), d. h. ohne daß derselbe ein nach der Rechtssitte oder dem Gesetze todeswürdiges Vergehen begangen hätte (quae per legem non sit merita mori), getödtet hat[529]). Fälle, in welchen der Vormund den Mündel ungeahndet tödten darf, sind nach den Volksrechten folgende: wenn eine Freie sich mit einem Unfreien verheurathet[530]); wenn sie Hurerei, sei es in oder außer der Ehe, getrieben hat[531]); wenn eine Ehefrau ihrem Manne entweder selbst nach dem Leben gestellt hat oder durch einen Anderen hat

526) Görlitz. Landr. Cap. 45, §. 8. Sächs. Distinct. I, 9, 7.

527) Edict. Rothar. 189. L. Wisigoth. IV. 5. 1. Augsburg. Stadtrecht v. 1276 bei Freyberg S. 84 (bei Walch §. 228).

528) LL. Liutpr. 120. (6. 67.) u. 121. (6. 68.) Edict. Rothar. c. 200. Hamburg. Stat. v. 1270 III, 8. v. 1292 E. VIII. v. 1497 J. V. Auch noch das neueste Hamburg. Stadtr. v. 1603 Art. 48 gestattet dem Ehemanne eine mäßige Züchtigung der Ehefrau.

529) Daher heißt es in der Form. ad Edict. Rothar. 201.: non licet eam (scil. uxorem) interficere ad suum libitum, sed rationabiliter.

530) L. Burgund. Tit. 35. §. 2. 3.

531) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 4. c. 1. 3. 4. 5. Form. ad Edict. Rothar. 200.

stellen lassen[532]). Wegen der Verantwortlichkeit, welcher der Vormund bei unrechtmäßiger Ausübung des Strafrechtes oder bei Ueberschreitung der ihm darin gesetzten Grenzen gegen die Familie des Mündels unterlag, vollzog er bedeutendere Strafen wohl selten, ohne einzelne Mitglieder der Familie zuzuziehen, damit sie sich selbst von der Rechtmäßigkeit seines Verfahrens überzeugen konnten[533]), und diese bildeten in solchen Fällen mit ihm zusammen eine Art von Familiengericht über den Unmündigen. Auch die Rechtsquellen der mittleren Zeit erkennen, wie die Hamburg. Statuten von 1270 beweisen, jenes Strafrecht des Vormundes noch an, beschränken es aber sehr in seinem Umfange. Namentlich war die Tödtung des Mündels damals wohl dem Vormunde schlechterdings nicht mehr gestattet, obgleich sich darüber ausdrücklich nur das Lüb. Recht erklärt[534]). Auch ist selbst der Vater nach manchen dieser Rechtsquellen schon strafbar, wenn er sein Kind bei der Züchtigung verwundet[535]). Als eine Folge des Gehorsams, welchen der Mündel dem Vormunde schuldig ist, ist es auch anzusehen, wenn nach dem longobard. Rechte eine Frau, welche ihren Mann getödtet hat, ebenso wie ein Höriger wegen Tödtung seines Herrn, mit der Todesstrafe belegt wird, während der Mann, wenn er seine Frau tödtet, dadurch nur, wie jeder selbstständige freie Mann wegen Tödtung, eine Composition verwirkt[536]).

5) Recht des Vormundes, den Mündel an Andere abzutreten. Hier ist zu unterscheiden zwischen dem Rechte, den Mündel in die Unfreiheit zu verkaufen und dem Rechte, die Vormundschaft über denselben an Andere abzutreten. Das erstere Recht hatte der Vormund nur in einzelnen seltenen Fällen. Bei den Longobarden stand es jedem Vormunde überhaupt nur dann zu, wenn der Mündel ein grobes Vergehen begangen hatte, um ihn dafür zu strafen[537]). Die übrigen Volksrechte schweigen darüber. Der Vater dagegen, sowie er überhaupt größere Rechte über seine Kinder hat, als ein gewöhnlicher Vormund, darf auch, wenn er sich in Noth befindet, zur Hebung derselben seine Kinder in die Unfreiheit verkaufen. Die fränkischen Könige suchten es zwar aufzuheben[538]), scheinen aber damit nicht durchgedrungen zu sein, indem sich Spuren davon finden, daß es noch tief bis in das Mittelalter hinein galt[539]). Der Vater konnte in diesem Falle den

532) Edict. Rothar. 203.

533) Tacit. Germ. c. 19: coram propinquis. Daher werden bei der Vollziehung härterer Strafen auch gewöhnlich die parentes genannt; s. Edict. Rothar. c. 189. 222. L. Burgund. 35. 3.

534) Lüb. Recht Cod. Brok. II. 304.

535) Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. Art. 169 (bei Walch Bd. 1, S. 55).

536) Edict. Rothar. c. 204. vgl. mit c. 13.

537) Vgl. Edict. Rothar. 222. LL. Liutpr. 121. (6. 68.)

538) Capit. III. a Mabillonio edit. cap. 7. (Walter C. I. G. 3. 689.)

539) Sächs. Distinct. IX, 6, 1. Vgl. auch die Stellen bei Grimm, Rechts=

gelösten Kaufpreis für sich allein behalten, wie aus dem Zwecke des Verkaufes von selbst hervorgeht. Dagegen fehlen alle Nachrichten darüber, ob auch ein anderer Vormund, wenn er den Mündel zur Strafe verkaufte, den Kaufpreis allein erhielt oder ob er den übrigen Verwandten etwas davon abgeben mußte. — Dagegen steht das Recht, die Vormundschaft über den Mündel an Andere abzutreten, nach dem früher Bemerkten jedem Vormunde überhaupt zu, worin sich auch wieder die Analogie zwischen Vormundschaft und Gewere zeigt. Sowie aber zur Veräußerung der Gewere an Immobilien die Einwilligung der nächsten Erben nöthig ist, so bedarf auch jeder Vormund, welcher die Vormundschaft durch Vererbung erhalten hat, zur Abtretung an Andere der Einwilligung anderer Familienglieder (vgl. BB. 2.). Die Frage, ob der Vormund den Preis, welcher für die Uebertragung der Vormundschaft bezahlt werden muß, selbst behält oder ob er ihn blos für Andere in Empfang nimmt, läßt sich aus den Quellen nur für den Fall beantworten, wo der Vormund einer Frauensperson die Vormundschaft über sie an ihren Bräutigam verkauft. Das Meiste darüber findet sich wieder in den longobard. Gesetzen. Aus diesen läßt sich ziemlich bestimmt beweisen, daß bei den Longobarden der Muntschatz freilich an den Vormund der Braut erlegt wurde, daß dieser aber denselben ganz oder zum Theil als Mitgift mit in die Ehe gab. Der Beweis ist nach Kraut folgender. Der Muntschatz führt nämlich in der Lex Longobardorum außer dem Namen mundium auch häufig die Namen: meta oder methium (nach anderen Handschriften mephium oder meffium). Dies ergiebt sich erstens daraus, daß, wenn ein abgeschlossenes Verlöbniß später ohne Schuld des Bräutigams rückgängig wird, sehr oft von einer Verpflichtung des Vormundes zur Zurückgabe der bereits geleisteten oder zum Ersatze der versprochenen meta, niemals aber noch außerdem von der Zurückgabe oder dem Ersatze des Muntschatzes die Rede ist[540]), obgleich auch dieser, wäre er etwas anderes als die meta gewesen, ohne Zweifel auch hätte zurückgegeben oder ersetzt werden müssen. Ferner erklärt sich nur hieraus, warum, wenn das Verlöbniß durch die Schuld des Bräutigams rückgängig wird, der Vormund der Braut außer der versprochenen meta nicht auch noch den Muntschatz fordern darf[541]). Endlich ergiebt sich die Identität des Muntschatzes mit der meta aus zwei Stellen, welche den Fall betreffen, wenn eine Witwe wieder heurathen will[542]).

alterthümer S. 461. Geiler v. Kaisersperg, in d. Abhandl. wie ein Kaufmann sein soll 92b. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 297, 298.

540) Edict. Rothar. c. 190. 191. 192. 216.

541) Edict. Rothar. 178. 179.

542) Edict. Rothar. 182. 183. In der zweiten Stelle wird offenbar das, was in der ersten durch die Worte: medium pretii, quantum fuerit dictum, quando eam primus maritus sponsavit, ausgedrückt wird, schlechtweg medium de meta genannt; jenes pretium ist aber der Muntschatz und also meta mit diesem dasselbe Object.

Daß ferner die Braut die meta mit in die Ehe bekommt, ergiebt eine Stelle, worin ihr auch nach beendigter Ehe nicht nur fortwährend ein Recht darauf eingeräumt, sondern dieselbe auch ein Geschenk, welches der Vater oder Bruder, mithin wohl der Vormund überhaupt, ihr bei Eingehung der Ehe macht, genannt wird[543]). Dadurch, daß der Braut die meta von ihrem Vormunde regelmäßig mit in die Ehe gegeben wurde, gewöhnte man sich allmälig so an den Gedanken, daß sie jener eigentlich zustehe, daß man der Braut selbst dann ein Recht darauf einräumte, wenn es zwar nicht zur Ehe kam, der Bräutigam aber, weil durch seine Schuld die Ehe nicht eingegangen wurde, die meta dennoch entrichten mußte[544]). War man einmal so weit gegangen, so war es ein geringer Schritt weiter, daß der Vormund die meta sich selbst nicht mehr unmittelbar versprechen und geben ließ, sondern nur dafür sorgte, daß sie seiner Pflegebefohlenen versprochen und übergeben wurde[545]). Daher wird auch in mehreren Stellen immer von einem unmittelbaren Geben der meta von Seiten des Mannes an die Frau gesprochen[546]). Auch die Schwerdtmagen, welchen ursprünglich der Muntschatz zukam, scheinen einen Theil desselben für sich behalten zu haben, aber einen so unbedeutenden, daß, wenn man blos ihn als den Kaufpreis betrachtet, die desponsatio mehr ein Scheinkauf, als ein wahrer Kauf war[547]). Nicht weniger deutlich, als die longobard. Gesetze, spricht sich auch die Lex Burgundionum darüber aus, wer den Muntschatz, in ihr Wittemon genannt, eigentlich bekomme[548]). Darüber, wer das Wittemon eigentlich bekomme, giebt eine andere Stelle desselben Volksrechtes Aufschluß[549]). Kraut erklärt diese Stelle in folgender Weise. Es wird darin angenommen, der Vater der Braut sei zur Zeit ihrer Verlobung bereits gestorben und es seien auch zu derselben Zeit keine Brüder, sondern nur Schwestern von ihr vorhanden, und es fragt sich nun, wer das Wittemon bekomme. Bei der Beantwortung dieser Frage werden drei

543) Edict. Rothar. 199.

544) Edict. Rothar. 178.

545) Dies findet sich in den LL. Liutpr. 114. (6. 61.)

546) LL. Liutpr. 88. (6. 35.) u. 102. (6. 49.)

547) Vgl. darüber Kraut Bd. 1, S. 414 flg.

548) Daß der Muntschatz in der L. Burgund. den Namen Wittemon führe, geht aus Folgendem hervor. Die L. Burgund. Additam. I. Tit. 14. führt die Ueberschrift: De Wittemon. In den §§. 1. 2. des Textes ist dann nur davon die Rede, wie viel der Vater von dem Ehemanne seiner Tochter in dem Falle verlangen kann, wenn dieser sie ohne seine Einwilligung geheurathet hat. In diesem Falle muß aber nach anderen Volksrechten, z. B. nach der Lex Saxon. 6. 1. 2. der gewöhnliche Betrag des Muntschatzes mehrfach erlegt werden. Daher kann man schon hieraus schließen, daß das, was hier dreifach bezahlt werden soll, nichts anderes als der Muntschatz ist und daß dieser also bei den Burgundern Wittemon hieß. Ueber allen Zweifel wird dies aber durch Vergleichung der obigen Stelle mit L. Burgund. 12. 3. erhoben, indem hier offenbar das, was in der ersten Stelle Wittemon heißt, nuptiale pretium genannt wird, was ohne Zweifel der Muntschatz ist.

549) L. Burgund. Tit. 66. §. 1. 2. 3.

Fälle unterschieden: 1) die Mutter der Braut ist bereits gestorben, von dieser lebt aber noch ein Vatersbruder (§. 1); 2) die Mutter lebt noch und es sind Schwerdtmagen (proximiores parentes) vorhanden (§. 2); 3) die Mutter ist gestorben, die Braut hat aber außer ihren Schwestern noch Schwerdtmagen (§. 3). Von diesen drei Fällen lassen sich der erste und dritte auf einen und denselben zurückführen, da der Vatersbruder nicht mehr Rechte hat, als entferntere Schwerdtmagen; denn beide erhalten von dem Wittemon immer ein Drittheil. Der Gegensatz liegt also nur darin, ob die Mutter zur Zeit der Verlobung ihrer Tochter noch lebt oder schon gestorben ist. In dem letzteren Falle sollen die Schwestern der Braut das zweite Drittheil des Wittemon erhalten, in dem ersten hingegen durch die Mutter derselben davon ausgeschlossen werden. Da hier von einer Vertheilung nur unter der Voraussetzung die Rede ist, daß kein Vater und keine Brüder der Braut vorhanden sind, so schließt Kraut daraus, daß, wenn entweder der Vater noch lebt oder die Braut Brüder hat, diese Frage gar nicht entstehen könne und also der Vater oder nach dessen Tode die Brüder dasjenige allein erhalten, was entferntere Verwandte unter sich vertheilen müssen. In jener Stelle werden aber in allen darin angenommenen Fällen immer nur zwei Drittheile des Wittemon vertheilt. Die Frage, wem das noch übrige Drittheil zufalle, beantwortet Kraut dahin, daß dieses die Braut mit in die Ehe bekomme. Er führt den Beweis dafür auf folgende Weise. Zuvörderst ist gewiß, daß die Ehefrau ein Wittemon hat[550]). Dann wird an einer Stelle deutlich gesagt, daß der nächste parens, welcher das Wittemon bekomme, den dritten Theil davon an die Braut zu den ornamenta abgeben solle[551]). Was unter den ornamenta zu verstehen sei, zeigt deutlicher eine andere Stelle[552]), in welcher gesagt wird, daß die ornamenta und vestimenta matrimonialia den Töchtern ohne irgend eine Theilnahme ihrer Brüder zukommen sollen. In dieser Stelle ist von der Erbfolge die Rede und die hier genannten ornamenta et vestimenta matrimonialia sind offenbar nichts anderes als die Gerade. Dieselben Gegenstände, welche bei einem Todesfalle zur Gerade gerechnet werden, bildeten aber, wenn sie mit in die Ehe gegeben wurden, die eigentliche Aussteuer oder den Brautwagen, und hierzu soll nach der in der Note 551 angeführten Stelle der dritte Theil des Wittemon verwendet werden. Da in der L. Burgund. Tit. 66. von einer Vertheilung des Wittemon nur in den Fällen die Rede ist, wo die Braut keinen Vater und keine Brüder hat, und auch in der vorletzten Stelle nur des proximus parens, welcher jener auch in der ersteren entgegengesetzt wird, Erwähnung geschieht, so ist es sehr wahrscheinlich, daß bei den Burgundern der Vater und der Bruder nicht zur Abgabe eines bestimmten

---

550) L. Burgund. Tit. 69. §. 1. 2.
551) L. Burgund. Tit. 86. §. 2.
552) L. Burgund. Tit. 51. §. 3.

Theiles des Wittemon an die Braut verbunden waren, sondern es ihrer Freigebigkeit überlassen blieb, wie viel sie geben wollten, während man für entferntere Verwandte in dieser Hinsicht, wenigstens später, ein gesetzliches Gebot für nothwendig erachtete. Das Obige galt aber nur bei Eingehung der ersten Ehe. Denn eine Witwe, welche sich wieder verehelichte, scheint das Wittemon ganz erhalten zu haben [553]), was wohl damit zusammenhing, daß eine Witwe bei den Burgundern keines Vormundes bedurfte [554]). Auch bei den Westgothen erhielt die Braut den Muntschatz, welcher in dieser Beziehung in der Lex Wisigothorum dos heißt, mit in die Ehe. Daß die Frau die dos bekommt, ergiebt eine Stelle dieses Volksrechtes ganz deutlich [555]). Auch wird ausdrücklich gesagt, der Vormund der Braut habe die dos für dieselbe beizutreiben und aufzubewahren [556]). Die Identität der dos mit dem Muntschatz ergiebt sich aus einer Vergleichung der L. Wisigoth. III. 2. 8. mit anderen Stellen derselben (III. 12. III. 4. 7.), worin der Muntschatz, wie in anderen Volksrechten, den Namen pretium führt. Könnte noch ein Zweifel sein, ob das in der ersten Stelle genannte pretium dotis dasselbe sei, was in der letzteren pretium schlechthin heißt, so schwindet dieser Zweifel durch Vergleichung der dritten jener angeführten Stellen, wo offenbar das schlechthin pretium genannt wird, was in der ersten pretium dotis heißt. Auch spricht dafür, daß nach einigen Stellen das pretium auch der Braut unmittelbar, und sogar einer solchen, welche gar nicht unter Vormundschaft steht, versprochen werden kann [557]), was sich nur aus der Identität des pretium mit der dos erklären läßt. Ein fernerer wichtiger Beweis für diese Identität liegt in einer anderen Stelle [558]). In der in dieser Stelle genannten Verordnung (legis huius institutio) ist nämlich nur die Rede davon, wie viel ein Mann als dos vorschreiben kann, und da weder die Braut noch deren Verwandten irgend etwas mehr von dem Manne sollen verlangen können, so muß das pretium mit der dos dasselbe Object sein; denn auf jenes haben die letzteren einen gesetzlichen Anspruch und die Absicht, ihnen diesen zu entziehen, ist in jener Verordnung gar nicht angedeutet. Ganz entschieden wird, daß in der Lex Wisigothorum pretium wirklich den Muntschatz bedeute, durch eine Stelle dieses Volksrechtes bewiesen [559]), wo offenbar gleichbedeutend damit der Ausdruck: pretium filiae suae, d. h. der Preis, welchen der Bräutigam für die Tochter giebt, gebraucht wird. — Zweifelhafter ist es nach der Lex Alemannorum, ob die Frau einen Muntschatz bekomme. Es spricht doch aber Folgendes dafür, daß es nach ihr sich

553) L. Burgund. Tit. 42. §. 2.
554) L. Burgund. Tit. 52.; vgl. auch 85. 1.
555) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 1. c. 5.
556) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 1. c. 6.
557) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 4. c. 2. Lib. III. Tit. 4. c. 7.
558) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 1. c. 5.
559) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 3. c. 3.

ebenso verhielt, wie nach den anderen erwähnten Volksrechten. Zwar ist in derselben von einem Muntschatz nirgends die Rede; wohl aber kommt in ihr eine von dem Manne gegebene dos vor, an welcher bei unbeerbter Ehe die Frau das Eigenthum behält, bei beerbter Ehe aber wohl nur für die Zeit ihres Witwenstandes den Nießbrauch erhält und deren gesetzliches Maß 40 solidi beträgt[560]). Dieselbe Summe muß aber nach diesem Volksrechte auch derjenige bezahlen, welcher von einem eingegangenen Verlöbnisse einseitig zurücktritt[561]), sowie auch der, welcher sich von seiner Frau trennt[562]); ferner derjenige, welcher ohne vorhergegangenes Verlöbniß die Tochter eines Anderen zur Frau nimmt[563]); endlich hat ebensoviel der verwirkt, welcher eine Jungfrau nothzüchtigt[564]). Nun ist es nicht unwahrscheinlich, daß das, was in diesen Fällen bezahlt werden muß, der gewöhnliche Betrag des Muntschatzes war; wenigstens muß ja auch, wie kurz vorher bemerkt wurde, nach dem longobard. Rechte derjenige, welcher ein eingegangenes Verlöbniß bricht, den Muntschatz erlegen, und nach dem burgund. und sächsischen Volksrechte richtet sich, wie eben vorher gezeigt wurde, die Größe der Summe, welche derjenige, welcher eine Frau nimmt, ohne sie ihrem Vormunde abgekauft zu haben, bezahlen muß, nach dem gewöhnlichen Betrage des Muntschatzes. Demnach würde die dos legitima bei den Alemannen soviel betragen haben, wie der gewöhnliche Muntschatz, und unter diesen Umständen kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Braut diesen immer ganz mit in die Ehe bekommen habe. — Nach der Lex Salica ist der Brautkauf nur noch ein Scheinkauf (vgl. BB. unter 1.). Die unbedeutende Summe (3 solidi und 1 Denar oder auch 1 solidus und 1 Denar), welche hierbei die Stelle des Kaufpreises vertrat, behielt der Vormund wohl selbst. Ebenso stand es auch wohl bei den Ripuarischen Franken. Es kommt aber auch bei den Saliern und in der Lex Ripuariorum auch eine dos vor, welche der Bräutigam seiner Braut bei der feierlichen Verlobung zum Eigenthum zu versprechen und am Tage der Hochzeit auch wirklich einzuhändigen pflegte, und als welche, wenn er dies unterlassen hatte, die ihm überlebende Frau 50 solidi aus seinem Nachlasse fordern durfte[565]). Von der Morgengabe wird diese dos ganz bestimmt unterschieden[566]). Vergleicht man hiermit, was in anderen Volksrechten, in welchen eine dos, wovon die Frau Eigenthümerin wird, ohne daß doch darunter die Morgengabe zu verstehen wäre, vor-

560) L. Alem. Tit. 55. §. 1.
561) L. Alem. Tit. 53.
562) Capit. add. ad L. Alem. Tit. 30. (Walter C. I. G. 1. 235.)
563) L. Alem. Tit. 54. §. 1.
564) Ibid. Tit. 58. §. 2. Capit. add. ad L. Alem. Tit. 41. (Walter l. c. 1. 236.)
565) L. Ripuar. Tit. 37. De dotibus mulierum §. 1. 2. Form. Lindenbrog. 75. 78—80. Form. Sirmond. 14. 15. 16. Marculf. Form. 2. 15. 16. App. Marculf. 37. Form. Bignon. 5.
566) L. Ripuar. 37. 3.

kommt, so liegt die Vermuthung nahe, daß wohl auch bei den Franken von jeher der Vormund der Braut ihr den größten Theil des Muntschatzes mit in die Ehe gab oder sich statt dessen damit begnügte, wenn ihr dieser nur als dos verschrieben wurde und daß dadurch schon sehr früh die ursprüngliche Bedeutung der letzteren in Vergessenheit gerathen war. — In der Lex Saxonum heißt es in Bezug auf die Verheurathung einer Frau überhaupt: 6. 1.: Uxorem ducturus CCC solidos de parentibus eius, und dann in Bezug auf die Verheurathung einer Witwe: 7. 3.: Qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emtionis eius. Man könnte hieraus schließen wollen, daß der Muntschatz für ein Mädchen unter deren Verwandte vertheilt würde, der Muntschatz für eine Witwe aber ihrem Vormunde allein zukäme. Allein der Ausdruck: parentes wird in den teutschen Volksrechten sehr häufig zur Bezeichnung der Vormünder überhaupt gebraucht, und die Redensart: offerat tutori läßt es unklar, ob der Vormund den Muntschatz blos zu erheben habe oder ob er ihn auch selbst oder allein behalten dürfe, so daß dieser Schluß nicht sicher ist. Nur das läßt sich wohl mit Kraut bestimmt behaupten, daß die dos, welche die Frau nach der Lex Saxonum hat, nicht der ihr in die Ehe mitgegebene Muntschatz sein kann. In der von der dos handelnden Stelle[567]) wird zwischen den proximi der Frau, welche, wenn zwar Söhne aus der Ehe vorhanden gewesen, aber schon vor ihr, wieder gestorben sind, die dos nach ihrem Tode erhalten sollen, und dem Geber der dos, auf welchen sie, wenn keine Söhne in der Ehe geboren sind, zurückfallen soll, unterschieden. Da nun aber die proximi der Frau ohne Zweifel die waren, welche die Vormundschaft über sie bis zu ihrer Verehelichung geführt hatten, so wird hier offenbar vorausgesetzt, daß diese ihr die dos nicht gegeben hatten. Auch läßt sich nicht etwa annehmen, daß, weil der Muntschatz ursprünglich von dem Manne herrühre, dieser, obschon die Frau die dos nicht unmittelbar aus seinen Händen, sondern aus denen ihres Vormundes empfangen habe, hier schlechthin der Geber der dos genannt werde. Denn es wird in den beiden Fällen, von welchen jene Stelle spricht, stets vorausgesetzt, daß er vor der Frau gestorben sei, daß der eigentliche Geber der dos hingegen bei dem Tode der Frau noch am Leben sein könne. Kraut denkt in jener Stelle vielmehr an eine gewöhnliche Leibzucht, welche in einem Nießbrauchsrechte der Frau an einem Vermögensstücke des Mannes oder eines Mitgliedes seiner Familie besteht. — Das Resultat dieser hier mitgetheilten Untersuchung von Kraut ist folgendes: der Preis, für welchen dem Vormunde die Vormundschaft abgekauft wird, ist bei allen teutschen Stämmen zunächst allerdings eine Gabe für diesen; es war aber von jeher, wenn auch nicht bei allen, doch bei den meisten von ihnen Regel, daß der Vormund ihn entweder ganz oder doch zum Theil seinem Mündel mit in die Ehe gab, und auf diese Weise entstand dar-

---

567) L. Saxon. 8. 1—3.

aus bei manchen von ihnen allmälig eine unmittelbare Gabe für die Frau, so daß die Sorge des Vormundes sich nur noch darauf beschränkte, daß er dieser versprochen und demnächst auch entrichtet wurde [568]). — Uebrigens kam es bei dem Rechte des Vormundes, zu verlangen, daß derjenige, welcher seine Mündel zur Ehe nehmen wollte, ihm die Vormundschaft über dieselbe abkaufe, gar nicht darauf an, ob der Käufer fortan Vormund derselben sein konnte oder nicht. Dies geht besonders daraus hervor, daß bei den Longobarden ein Römer, welcher eine Longobardin heurathen wollte, ebensogut, wie ein Longobarde in gleichem Falle, die Vormundschaft über sie ihrem Vormunde abkaufen mußte, obschon er dadurch nicht ihr Vormund wurde, weil er nach dem römischen Rechte lebte, welches keine Vormundschaft des Mannes über seine Frau anerkennt [569]). Da der Vormund einer Frauensperson dieselbe jedesmal, wenn sie Jemand heurathete, ohne die Vormundschaft zuvor von ihm erworben zu haben, zurückfordern konnte, so ergiebt sich hieraus zugleich, daß sie ohne seine Einwilligung keine giltige Ehe eingehen konnte. Außer dem Rechte, die Frauensperson von dem Manne zurückzufordern, welcher sie ohne seine Einwilligung genommen hatte, hatte der Vormund auch noch das Recht, von demselben eine Composition zu verlangen [570]). Ferner konnte er seine Mündel auch in diesem Falle bestrafen und endlich wurde diese noch mit einem Vermögensverluste bestraft, welcher nach dem thüringer Volksrechte das ganze gegenwärtige oder das zu erwartende Vermögen umfaßt [571]), nach dem westgothischen in dem Verluste des gesetzlichen Erbanspruches an dem Vermögen ihrer Verwandten besteht [572]). Hiernach ist, wenn nach dem longobardischen Rechte [573]) der Vater und der Bruder, selbst die Töchter oder Schwestern gegen ihren Willen gehandelt haben, befugt sein sollen, über ihr Vermögen von Todeswegen beliebig zu verfügen und also jenen den gesetzlichen Erbanspruch auf dasselbe zu entziehen, besonders an die Verheurathung ohne Einwilligung des Vaters oder Bruders zu denken. Dies wird dadurch bestätigt, daß nach einer späteren Verordnung Liutprand's eine Verlobte, welche ohne Zustimmung ihres Vormundes einen Andern als ihren Verlobten zum Manne genommen hat, nicht nur ihre gesetzlichen Erbansprüche verlieren, sondern nicht einmal von ihrem Vormunde etwas hinterlassen erhalten soll [574]). In dieser Hinsicht stimmen mit den alten Volksrechten die Statuten des Mittelalters und selbst noch einige der späteren Zeit überein [575]). Hiernach ist wohl nicht

568) Ueber die Größe des Muntschatzes bei den verschiedenen teutschen Stämmen vgl. Kraut Bd. 1, S. 316 flg.
569) LL. Liutpr. 127. (6. 74.)
570) Edict. Rothar. 186. 188—190. L. Fris. 9. 11. u. 13.
571) L. Angl. et Werin. 10. 2.
572) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 2. §. 8.
573) LL. Liutpr. 5.
574) LL. Liutpr. 119. (6. 66.)
575) Hamburg. Stadtr. v. 1270 X, 4. Lüb. Recht Cod. Brok. I. 10. II. 31.

daran zu zweifeln, daß man es hier mit einem allgemeinen teutschen Nationalgrundsatze zu thun habe, welcher aber in späteren Zeiten infolge des Einflusses der fremden Rechte meistens unanwendbar geworden ist. — Die hieran sich anknüpfende Frage, wie es bei der Verheurathung der Söhne hinsichtlich der Einwilligung des Vaters oder sonstigen Vormundes stand, ist, da nach dem Rechte des Mittelalters jedes Verlöbniß durch fleischliche Vermischung in jedem Augenblicke in die Ehe übergehen konnte, gleichbedeutend mit der, ob der Sohn ohne Einwilligung seines Vaters oder anderen Vormundes ein Verlöbniß abschließen dürfe. Wie früher bemerkt worden ist, konnte nach dem Rechte der älteren Zeit ein noch nicht zu seinen Jahren gekommener Knabe sich zwar schon giltig verloben, hatte aber dazu immer die Einwilligung seines Vaters oder seines sonstigen Vormundes nöthig. Dasselbe galt noch in der mittleren Zeit[576]. Nach manchen Statuten wurde ein Knabe, welcher sich ohne Zustimmung seines Vormundes verlobte, ebenso in gleichem Falle mit dem Verluste des gesetzlichen Erbanspruches bestraft[577]. Ein zu seinen Jahren gekommener Knabe, wenn er sich verloben wollte, bedarf dazu nicht der Einwilligung eines Dritten; es wird dies geradezu in der Lex Wisigothorum gesagt[578] und auch die anderen Rechtsquellen der älteren Zeit enthalten davon, daß eine solche Einwilligung nöthig gewesen sei, keine Spur. Auch in den angeführten Stellen aus den Rechtsquellen der mittleren Zeit wird offenbar vorausgesetzt, daß ein solcher Knabe an die Einwilligung Anderer nicht mehr gebunden ist. Auch wird in einigen Statuten[579] ausdrücklich gesagt, daß, wenn er sich ohne Einwilligung seines Vaters verlobe, er nicht so, wie das Mädchen in gleichem Falle, seinen gesetzlichen Erbanspruch verliere. Bei den bedeutenden Nachtheilen, welche eintreten, wenn ein Unmündiger sich ohne Einwilligung seines Vormundes verheurathete, wird die Frage wichtig, ob der Vormund seine Einwilligung willkürlich verweigern konnte oder ob er hinreichende Gründe dazu haben mußte. In Bezug auf Knaben enthalten die Quellen nichts zur Beantwortung derselben; es kann aber wohl nicht bezweifelt werden, daß jene in dieser Hinsicht von der Willkür ihres Vormundes ganz abhingen. In Bezug auf Frauenspersonen hingegen enthalten schon die Quellen der älteren Zeit Manches zur Beantwortung jener Frage. Nach der Lex Saxonum[580] soll nämlich derjenige, welcher eine Witwe zu heurathen wünscht, die ihm ihr Vormund

III. 71. (Lat. Lüb. Recht bei Westphalen 3. 624 init. Lüb. Recht v. 1240 §. 10. Rev. Lüb. Recht I, 4, 2. Aude Schrae von Soest §. 168. (Emminghaus p. 192. Rivhe Schrae §. 79 ebd. S. 223.) Freiberg. Stat. v. 1676 §. 77 (bei Walch Bd. 3, S. 190).

576) Brem. Stat. v. 1303 Art. 125. Goslar. Stat. S. 18, Z. 4, 5.

577) Augsburg. Stat. §. 256 bei Walch.

578) L. Wisigoth. III. 1. 7.

579) Freiberg. Stat. §. 78 (Walch Bd. 3, S. 190). Aude Schrae von Soest §. 169 (Emminghaus p. 193).

580) L. Saxon. 7. 3. 4.

nicht in die Ehe verkaufen will, berechtigt sein, sich an deren Verwandten zu wenden und sie mit deren Einwilligung zur Ehefrau zu nehmen, wenn er nur bereit ist, dem Vormunde, sobald dieser beharrlich widerspricht, den Muntschatz zu bezahlen. Hiermit stimmt im wesentlichen eine Stelle des longobard. Rechtes[581]) überein; nur daß nach ihr in diesem Falle der Vormund wegen seiner Weigerung die Vormundschaft über die Witwe und daher ohne Zweifel den Anspruch auf den Muntschatz verlieren soll. In beiden Stellen wird zwar nicht unterschieden, ob dem Vormunde genügende Gründe zu seiner Weigerung zur Seite stehen oder nicht; da aber die Sache zur Beurtheilung der Verwandten der Witwe gestellt ist, so ist es wohl unzweifelhaft, daß, wenn das Erstere der Fall ist, auch diese ihre Einwilligung nicht ertheilen werden, und dann also der Vormund seine Vormundschaft über die Witwe nicht verliert. Da, wie später gezeigt werden wird, die Witwen schon nach manchen Volksrechten nicht so durch die Geschlechtsvormundschaft beschränkt sind, wie Jungfrauen, so darf man von jenen nicht auf diese schließen. Vielmehr muß man umgekehrt, weil hier blos von einer Witwe die Rede ist, es für wahrscheinlich halten, daß nach dem sächsischen und longobardischen Rechte von Jungfrauen nicht dasselbe galt und daß es bei diesen daher lediglich von der Willkür des Vormundes abhing, ob er sie dem Bewerber zur Ehefrau geben wollte oder nicht. Dagegen verlangt das westgothische Recht ausdrücklich, daß auch der Vormund eines Mädchens sie ihrem Bewerber nur dann verweigere, wenn die übrigen Verwandten derselben mit ihm übereinstimmen[582]). Anders verhielt es sich aber wohl in der mittleren Zeit, wo überhaupt die Geschlechtsvormundschaft der Regel nach schon Vieles von ihrem früheren strengen Charakter verloren hatte. Damals scheint nämlich jede zu ihren Jahren gekommene Frauensperson auch ohne Einwilligung ihres Vormundes eine Ehe haben eingehen können. Man kann dies schon daraus schließen, daß in den in der Note 576 angeführten Stellen der Bremer und Goslar. Statuten nur gesagt wird, daß ein Mädchen unter seinen Jahren ohne Einwilligung seines Vormundes keine Ehe eingehen könne; ganz deutlich sprechen es aber die Mühlhäuser Statuten aus[583]). — Endlich fragt es sich noch, ob die Abtretung der Vormundschaft an einen Anderen von Seiten des Vormundes der Zustimmung des Mündels dazu bedurft habe. Diese Frage wird in Bezug auf den Fall, wenn eine Frauensperson verheurathet werden soll, schon in den alten Volksrechten ausdrücklich beantwortet und zwar bejahend[584]).

---

581) Edict. Rothar. 182.

582) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 1. c. 7.

583) Mühlhäus. Stat. aus dem 13. Jahrh. bei Grashof p. 254. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 326.

584) Edict. Rothar. 196. 182. LL. Liutpr. 120. (6. 67.) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 3. c. 11. Leut's Angels. Ges. I, §. 72 (bei Schmid, Angel. Ges. S. 168).

Obgleich nun mehrere Volksrechte die Frage bejahen, so ist doch **Kraut** der Meinung, daß sie darin keinen von jeher anerkannten Grundsatz aussprechen. Dafür spricht erstens, daß mehrere derselben eine in dieser Beziehung erst gegebene legislative Vorschrift enthalten. Ferner deutet der im Edict. Rothar. 196. zwischen dem Vater oder Bruder und anderen Verwandten gemachte Unterschied, der darin besteht, daß jene ihre Mündel auch wider ihren Willen in die Ehe geben dürfen, diese nicht, deutlich an, daß das, was nur den ersteren noch erlaubt wird, ursprünglich wohl ein Recht aller Vormünder gewesen war. Geht man endlich auf das älteste Recht zurück, nach welchem der Mündel gegen den Vormund bei Niemandem Schutz finden konnte, als bei seiner eigenen Familie, so ergiebt sich hieraus, daß, wenigstens im Falle der Uebereinstimmung der Familie mit dem Vormunde, auf die Einwilligung des Mündels selbst nichts ankommen konnte. Gegen die Handlungen des Vormundes wurde der Unmündige von seiner Familie aber nur dann geschützt, wenn diese Handlungen nach der Rechtssitte als Ungerechtigkeiten angesehen wurden. Ob dies der Fall war, kann bei dem Mangel an Nachrichten nicht beantwortet werden; beim Vater konnte wohl nie eine Ungerechtigkeit darin gefunden werden, da er sein Kind ja selbst in die Unfreiheit veräußern durfte. Aus dem Obigen folgt, daß, seit der Königsschutz die Stelle des Familienschutzes vertrat, jeder Vormund seine Mündel wider ihren Willen verheurathen konnte, wenn nur der König zugestimmt hatte. Dies findet sich schon im westgothischen Rechte[585]). Eine andere Folge davon ist, daß die Frauenspersonen, welche, weil sie keine schutzfähige Familie hatten, unter der Vormundschaft des Königs standen, von ihm auch wider ihren Willen verheurathet werden konnten.

6) **Recht des Vormundes, die an dem Mündel verwirkte Composition zu verlangen.** Die Analogie zwischen Gewere und Vormundschaft zeigt sich auch darin, daß, sowie der Inhaber der Gewere wegen Verletzung seiner darin enthaltenen Rechte Genugthuung fordern kann, so auch der Vormund, wenn seine Vormundschaft verletzt ist, die dadurch verwirkte Composition zu fordern berechtigt ist. Eine Verletzung der Vormundschaft liegt 1) in jedem gegen die Person des Mündels begangenen Vergehen[586]); 2) in jeder Handlung, welche mit der Person des Mündels ohne oder wider den Willen des Vormundes vorgenommen wird, ohne daß gerade gegen jenen selbst ein Vergehen darin enthalten zu sein brauchte und wobei es daher gar nicht darauf ankommt, ob sie wider oder mit dem Willen des Mündels geschehen ist[587]). Namentlich gehört hierher, wenn Jemand die

---

585) L. Wisigoth. Lib. III. Tit. 1. c. 11.

586) Edict. Rothar. 186. 187. 202. LL. Liutpr. 60. (6. 7.) 124. (6. 67.) 125. (6. 72.) L. Baiuv. 4. 11.

587) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9 (bei **Walch** Bd. 1, S. 99).

Mündel zum Beischlaf verführt, ohne vorher dem Vormunde die Vormundschaft über sie abgekauft zu haben[588]). Ein anderer Fall kommt im longobard. Rechte vor[589]). Ist nun gleich der Vormund stets zur Forderung der an dem Mündel verwirkten Composition berechtigt, so fragt es sich doch noch, ob er dieselbe auch selbst behält oder ob er sie nur für Andere, sei es für den Mündel oder für dessen Familie, beizutreiben hat. Die Analogie der Gewere kann hier keine Entscheidung geben, weil der Mündel als Freier auch gegen seinen Vormund Rechte hat und er, außer unter dem Schutze desselben, auch noch unter dem Schutze seiner Familie steht, was bei dem Gegenstande der Gewere nicht der Fall ist. Unzweifelhaft behält wohl der Vormund die Composition für sich, wenn sie lediglich wegen der verletzten Vormundschaft bezahlt wird. Dagegen ist es zweifelhafter in dem Falle, wenn die Verletzung der Vormundschaft zugleich ein Vergehen gegen den Mündel enthält. Da, wenn das Vergehen in der Tödtung des Mündels bestanden hat, von einer Erhebung der Composition für denselben gar nicht die Rede sein kann, so ist bei Beantwortung jener Frage zu unterscheiden zwischen jenem Vergehen und allen übrigen, welche nicht den Tod des Mündels bewirken. Was zuvörderst die letzteren anlangt, so läßt es eine Stelle des longobard. Rechtes[590]) zweifelhaft, ob der Vormund die dadurch verwirkte Composition blos für seinen Mündel erhebt oder ob er sie für sich selbst erhält. Diese Stelle scheint durch eine andere Stelle desselben Rechtes Licht zu bekommen[591]). Denn da hier der Mündel allein als der genannt wird, welchem die eine Hälfte der Composition erlegt werden soll, so scheinen die Worte der vorletzten Stelle: medietatem, cui ipsa iniuria illata fuerit, aut ad quem mundium de ea pertinuerit, so erklärt werden zu müssen: die eine Hälfte der Composition ist an die beleidigte Frauensperson oder vielmehr an deren Vormund, welcher dieselbe für sie zu erheben hat, zu entrichten. Diese Erklärung steht aber mit einer anderen Stelle desselben Rechtes[592]) im Widerspruche, nach welcher der Vormund immer wenigstens einen Theil der Composition für sich behalten kann. Nach dieser Stelle soll, wenn der Vater oder Bruder Vormünder der geraubten Frauensperson sind, es ihrem Belieben überlassen sein, wie sie die erhobene Composition mit ihrem Mündel theilen wollen; jeder andere Vormund dagegen soll von derselben nur halb soviel wie sein Mündel erhalten. Der ganzen Fassung der Stelle nach ist in derselben offenbar etwas Neues verordnet (darauf deuten die Worte: ita volumus) und es fragt sich nur, worin dieses bestehe; ob darin, daß der Vater und Bruder nach Belieben die Composition unter

588) L. Fris. 9. 11. u. 13. Edict. Rothar. 189. LL. Liutpr. 121. (6. 68.) L. Baiuv. 7. 10.

589) LL. Liutpr. 92. (6. 39.)

590) Edict. Rothar. 26.

591) LL. Liutpr. 12. (2. 6.)

592) LL. Liutpr. 31. (5. 2.)

sich und ihrem Mündel vertheilen können oder darin, daß jeder andere Vormund von der Composition halb soviel erhalten soll, wie sein Mündel (in welchem Falle dann anzunehmen wäre, daß er früher entweder nichts erhalten habe oder daß die Composition auf andere Weise zwischen ihm und seinem Mündel vertheilt sei) oder endlich darin, daß ihm ein gleiches Recht zugestanden habe, wie hier dem Vater und Bruder beigelegt wird. Kraut entscheidet sich wohl mit Recht für das Letztere. Denn erstens zeigt schon die Wortfassung der Stelle, daß der erste Theil derselben die neue Verordnung enthält; zweitens ergiebt der ganze Gang der Entwickelung des Vormundschaftswesens deutlich, daß die Rechte des Vormundes gegen den Mündel im Laufe der Zeit immer mehr beschränkt wurden. Auch ergeben mehrere andere Beispiele, daß Rechte, welche früher jedem Vormunde zustanden, später nur noch dem Vater und Bruder des Mündels blieben[593]). Hiernach bekam also in der älteren Zeit jeder Vormund die ganze Composition für sich allein und es stand lediglich in seinem Belieben, wie viel er davon an seinen Mündel abgeben wollte. Gewöhnlich überließ wohl der Vormund die von ihm erhobene Composition dem Mündel ganz oder doch zum größten Theile, und daraus erklärt sich denn auch, daß, je nachdem darauf Rücksicht genommen wurde, wer die Composition eigentlich zu fordern hatte oder darauf, wem sie in der That zu Gute kam, man bald sagen konnte, das Vergehen werde dem Vormunde, bald, es werde dem Mündel oder auch, es werde dem Mündel oder dem Vormunde gebüßt (componirt). War ein entfernterer Verwandter als der Vater oder Bruder Vormund, so ließ sich aber theils nicht immer eine solche Freigebigkeit gegen den Mündel von ihm erwarten, theils würde es hart gewesen sein, ihn zur Ueberlassung der ganzen Composition an den Mündel zu zwingen, da er Mühe und oft auch Gefahr von der Beitreibung gehabt hatte. Es war daher zweckmäßig, wie es in der in der Note 592 angeführten Stelle geschehen ist, ein für alle Mal zu bestimmen, welchen Theil ein solcher Vormund von der Composition haben solle, bei dem Vater und Bruder hingegen es bei dem älteren Rechte zu lassen, weil sich bei ihrem nahen Verhältniß zum Mündel von ihnen ohnehin schon erwarten ließ, daß die wenigstens den größten Theil der Composition diesem überlassen würden. Auch wagte man es wohl nicht, ihre Rechte so einzuschränken, wie die eines anderen Vormundes, und darauf beruht wohl, daß nach dem longobard. Rechte Vater und Bruder, wenn sie sich gegen ihren Mündel gröblich vergangen haben, nicht so, wie ein anderer Vormund im gleichen Falle, zur Strafe die Vormundschaft verlieren[594]). Auch in anderen Volksrechten ist der Theil, welchen von der Composition der Vormund und der, welchen der Mündel erhalten soll, bestimmt[595]). — Was da-

593) S. Edict. Rothar. 196. LL. Liutpr. 12. (2. 6.)
594) Edict. Rothar. 196.
595) L. Fris. 9. 8. 9. L. Saxon. 6.

gegen die Frage anlangt, wer, wenn der Mündel getödtet worden ist, die Composition erhalte, so fehlt es darüber an bestimmten Nachrichten; gerade hieraus darf man aber wohl schließen, daß es damit im ganzen ebenso gehalten wurde, wie wenn ein selbstständiger Mann getödtet worden war. Das Wehrgeld für diesen scheint nirgends derjenige erhalten zu haben, welcher Vormund des Todtschlages war, mithin die gerichtliche Betreibung desselben zu besorgen hatte, sondern es hatten regelmäßig mehrere Verwandte darauf Anspruch. Die Grundsätze über die Vertheilung des Wehrgeldes unter diese waren aber bei den einzelnen Volksstämmen verschieden. So erhielten z. B. bei den salischen Franken die Söhne des Getödteten die eine Hälfte der Composition und in die andere Hälfte theilten sich seine Schwerdtmagen und seine Spillmagen [596]. Bei den Friesen fielen dem oder den Erben des Getödteten (ad heredem occisi) zwei Drittheile davon zu; das letzte Drittheil erhielten, wie es in der hierher gehörigen Stelle [597]) heißt, propinqui eius proximi, worunter, wie die Vergleichung mit den darauf folgenden Stellen ergiebt, wohl die nächsten oder, wenn der Erbe des Verstorbenen auch ein Schwerdtmage ist, die übrigen nächsten Schwerdtmagen zu verstehen sind. Weit gewöhnlicher war es aber, daß nur die Schwerdtmagen das Wehrgeld in Anspruch nehmen konnten und daß es unter diese gleichmäßig vertheilt wurde. Dies war z. B. bei den Thüringern der Fall. Denn nach dem thüring. Volksrechte [598]) erhält derjenige das Wehrgeld eines Getödteten, welcher dessen Grundstücke erbt, d. h. der nächste Schwerdtmage, und da in diesem Rechte nicht angedeutet wird, daß unter gleich nahen vorhandenen Schwerdtmagen einer den anderen vorgehen soll, so kommt wohl allen sowohl auf die Grundstücke als auch auf das Wehrgeld des Verstorbenen ein gleicher Anspruch zu. Auch bei den Longobarden erhalten die Schwerdtmagen allein das Wehrgeld und mehrere gleich nahe theilen es zu gleichen Theilen [599]). Zweifelhaft bleibt nach diesen Stellen, ob der Vormund des Todtschlages, wenn er nicht selbst zu den nächsten Schwerdtmagen des Getödteten gehört, was z. B. dann der Fall ist, wenn diese sämmtlich noch unmündig sind, überhaupt etwas von dem durch ihn eingeforderten Wehrgelde bekomme. Nach dem späteren sächsischen Rechte war er in diesem Falle davon ausgeschlossen [600]). Der Grund der Vertheilung des Wehrgeldes unter die mehreren gleich nahen Schwerdtmagen lag, wie es auch in den letzten Worten der in der Note 599 angeführten Stelle angedeutet wird, ohne Zweifel darin, daß diese, wenn der Gegner sich nicht vor Gericht stellen will, zunächst verpflichtet sind, Fehde gegen ihn zu erheben, und daß

596) L. Sal. 65.
597) L. Fris. 1. 1.
598) L. Angl. et Werin. VI. 1. 5.
599) LL. Liutpr. 13. Daß unter den parentes propinqui hier nur Schwerdtmagen zu verstehen sind, ergiebt der Gegensatz: filiae ganz deutlich.
600) Magdeb. Fragen III, 1, 13.

sie auch im umgekehrten Falle, wenn ihr Blutsverwandter Jemanden getödtet hat, diejenigen sind, welchen nach ihm zunächst die Haftung für Bezahlung des Wehrgeldes obliegt. Der Vormund eines Unmündigen durfte aber wohl überall, auch da, wo ihm kein Anspruch auf die ganze Composition eingeräumt wurde, einen Theil derselben verlangen und zwar nicht so sehr für die bei der Beitreibung gehabte Mühe[601]), weil diese als eine Pflicht von ihm betrachtet werden konnte, als vielmehr weil durch das gegen den Mündel verübte Vergehen auch immer zugleich seine Vormundschaft verletzt war.

7) Vertretung des Mündels durch den Vormund in passiver Beziehung. In dieser Hinsicht fragt es sich besonders, wie es gehalten werde, wenn ein Unmündiger ein Vergehen begangen hat. Ausführlich erklären sich darüber nur die Quellen der mittleren Zeit[602]). Das Resultat der in der Note angeführten Stellen ist folgendes: Unmündige Kinder und Wahnsinnige können nicht peinlich bestraft werden, verwirken aber durch ihre Vergehen das damit verknüpfte Wehrgeld und sind, wenn sie Schaden thun, zu dessen Ersatze verbunden. Beides, Wehrgeld und Schadenersatz muß zwar der Vormund bezahlen, wenn ihm das Vergehen bewiesen wird, jedoch nur aus dem Vermögen seines Mündels. Dies gilt aber nicht von allen Unmündigen überhaupt, sondern nur von den unmündigen Kindern und Wahnsinnigen; denn zu ihren Jahren gekommene Frauenspersonen können allerdings mit peinlicher Strafe belegt werden; nur ist im Falle ihrer Schwangerschaft die Vollziehung der von ihnen verwirkten Todesstrafe oder verstümmelnden Strafe bis nach ihrer Entbindung zu verschieben[603]). Daß Kinder und Wahnsinnige, obgleich sie von der eigentlichen Strafe frei sind, doch nie Wehrgeld erlegen und Schadenersatz leisten müssen, ist daraus zu erklären, daß bei der Strafe mehr der Gedanke eines Nachtheiles für den zu Bestrafenden, bei dem Wehrgelde und dem Schadenersatze aber mehr der Gedanke eines vom Verletzten durch das verübte Vergehen darauf erworbenen Rechtes vorherrschend ist. Daher ist bei der Verpflichtung zur Leistung des Wehrgeldes und des Schadenersatzes die Verschuldung des deshalb in Anspruch Genommenen ganz unerheblich; es kommt lediglich darauf an, ob er die That, wegen welcher dieser Anspruch gegen ihn erhoben wird, wirklich begangen hat,

601) Pro fatigio suo et exactione, wie es in den LL. Liutpr. 31. heißt.

602) Folgende Stellen sind dafür die wichtigsten: Sächs. Landr. B. 2, Art. 65. B. 3, Art. 3, §. 1. Schwabensp. 319, 3. Görlitz. Landr. Cap. 34, §. 5. Mühlhäus. Stat. aus dem 13. Jahrh. bei Grashof p. 254. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 339 flg. Mit der ersten Stelle stimmen überein: Magdeb. Recht v. 1304 Art. 117 (bei Gaupp S. 310). Alt. Culm. Recht 3, 36. Goslar. Stat. S. 42, Z. 13—19. Verm. Sachsensp. III, 14 pr.

603) Daß das sächs. Landr. B. 3, Art. 3 nur von einem Aufschub der Vollziehung der Strafe, nicht von einer gänzlichen Befreiung von der Strafe zu verstehen ist, ergiebt sich aus dem Richtst. Landrecht Cap. 32 (Unger S. 60, Z. 4—8).

während die Verhängung einer Strafe nur gegen denjenigen zulässig ist, welcher mit bösem Willen die That verübt hat[604]). Ein zuzurechnender böser Wille wird aber bei Kindern und Geisteskranken nicht angenommen; dagegen ist hinsichtlich der Verpflichtung zur Erlegung des Wehrgeldes und Leistung des Schadenersatzes zwischen ihnen und einem Erwachsenen und geistig Gesunden, welcher keine Verschuldung an der zu componirenden Handlung hat, durchaus kein Unterschied[605]). Aus demselben Grunde wurde schon in der ältesten Zeit nach der Rechtssitte, wenn ein unmündiges Kind ein Vergehen begangen hatte, zwar dafür eine Composition verlangt, aber keine Fehde deshalb erhoben, was sich daraus ergiebt, daß wegen eines solchen Vergehens nicht außer der Composition noch ein Friedensgeld (fredus) erlegt werden mußte[606]). Denn letzteres wurde dafür bezahlt, daß das Gericht dem Beklagten gegen den Kläger und dessen Angehörigen, wenn sie, obschon erstere zur Bezahlung der Composition verurtheilt waren, etwa noch hätten Fehde erheben oder die angefangene fortsetzen wollen, Frieden wirkte[607]). Auch darin stand ein Kind einem Erwachsenen, welcher ohne seinen Willen einen Anderen beschädigt hatte, gleich. Daher wurde ohne Zweifel ein Wahnsinniger auch in dieser Hinsicht einem unmündigen Kinde gleich behandelt, wenn dies auch nirgends ausdrücklich gesagt wird. Die in der Note 602 angeführten Stellen, nach welchen der Vormund die zur Bezahlung der von dem Mündel verwirkten Composition nöthige Summe aus dessen Vermögen nehmen darf, gehören sämmtlich der mittleren Zeit an. Es fragt sich, wie es in dieser Beziehung in der älteren Zeit gehalten wurde. Die Stellen der Rechtsquellen der älteren Zeit, welche zur Beantwortung dieser Frage unmittelbar dienen können, sind das in der Note 606 angeführte Capit. de interpr. leg. Sal. und eine Stelle des longobardischen Rechtes[608]). Beide Stellen scheinen zwar auf den ersten Blick mit einander im Widerspruche zu stehen, indem die erstere sagt, daß das unmündige Kind das von ihm begangene Vergehen zu componiren habe, nach der letzteren hingegen der Vormund für seinen Mündel die Composition bezahlen soll und man könnte daher annehmen wollen, daß das salfränkische Recht in dieser Beziehung einen anderen Grundsatz gehabt habe als das longobardische. Diese Verschiedenheiten sind aber nur scheinbar. Denn da der Vormund das Vermögen seines Mündels zu

604) Sächs. Distinct. VI, 12, 6 u. 7. Sächs. Landr. B. 2, Art. 38. Goslar. Stat. S. 41, Z. 1—6. Verm. Sachsensp. III, 14, 1.

605) Ebenso erklärt es die Glosse zum sächs. Landr. Bd. 2, Art. 65, §. 1 (sächs. Distinct. VI, 1, 1).

606) L. Sal. 26. 9. Cap. de interpr. legis Sal. (cap. III. a. 819.) c. 5. De XXVI. capitulo. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 342.

607) Aus demselben Grunde hatte auch, wenn ein Thier einen Menschen getödtet oder verletzt hatte, der Herr desselben kein Friedensgeld zu bezahlen. L. Ripuar. 46. 1. Edict. Rothar. 331. L. Saxon. 13. Sächs. Landr. B. 2, Art. 40, §. 3.

608) LL. Liutpr. 146. (6. 93.)

verwalten hat, so läßt sich das angeführte Capitulare wohl nicht anders auslegen, als daß die von dem Mündel verwirkte Composition durch den Vormund aus dem eigenen Vermögen von jenem zu bezahlen sei, und wenn gleich nach den LL. Liutprandi der Vormund das Vergehen componiren soll, so ist doch damit noch nicht entschieden, daß dies aus seinem Vermögen geschehen müsse, sondern nur, daß man sich wegen der Bezahlung der Composition zunächst an ihn zu halten habe; womit es sich sehr wohl verträgt, daß er die dazu erforderliche Summe dem Vermögen des Mündels entnehmen darf. Das Letztere hält Kraut wohl mit Recht für wahrscheinlicher, weil es schon in der Natur der Sache liegt, daß der Vormund den durch eine Handlung des Mündels verursachten Schaden wenigstens so lange nicht selbst zu tragen hat, als der letztere noch Vermögen hat, aus welchem der Schade ersetzt werden kann. Ferner wäre es aber auch bei der Annahme des Gegentheiles kaum erklärlich, warum der Vormund die durch ein gegen den Mündel verübtes Vergehen verwirkte Composition diesem selbst gewöhnlich überließ und, wenigstens später, sogar zum Theil überlassen mußte, da sonst keine Gegenseitigkeit zwischen Vormund und Mündel stattgefunden haben würde. Auch die Glosse zu der angeführten Stelle des longobardischen Rechtes stimmt mit dieser Auslegung überein, indem sie zu den Worten: parentes aut mundualdus componat pro ipsa puella solidos VI, zur Erklärung hinzufügt: De rebus mulieris, non mundualdi. — Was die Frage betrifft, wie es in dem Falle gehalten werde, wenn der Mündel entweder ganz vermögenslos ist oder das vorhandene Vermögen zur Befriedigung des Klägers nicht ausreicht, so läßt sich auch diese am befriedigendsten aus den Rechtsquellen der mittleren Zeit beantworten. Besonders wichtig in dieser Hinsicht ist eine Stelle des Richtsteiges Landrechts[609]), in welcher ausdrücklich gesagt wird, daß der Vormund das Wehrgeld und den Schadenersatz, welche der Mündel verwirkt habe, aus seinem eigenen Vermögen zu entrichten habe, wenn er sie aus des Mündels Vermögen nicht bezahlen könne. Als Grund dieser Verpflichtung wird angeführt, weil er den Mündel wahrlos gelassen habe. Allein daraus, wie dieses Wahrloslassen in dem Folgenden erklärt wird, daß er nämlich das Kind nicht gezwungen oder den Wahnsinnigen nicht bewahrt habe, ergiebt sich deutlich, daß dieser Vorwurf den Vormund bei jedem von dem Mündel begangenen Vergehen trifft und daß er daher in der That jedesmal aus diesem Grunde subsidiarisch in Anspruch genommen werden kann. Die eigentliche Bedeutung dieser Verbindlichkeit des Vormundes ergiebt sich aus den Schlußworten jener Stelle des Richtsteiges. Es geht daraus nämlich hervor, daß jene Verpflichtung nicht so sehr eine streng rechtliche, als vielmehr eine durch Sitte und Ehre gebotene ist; denn wenn der Vormund vor Gericht erklärte, daß er die Schuld für den Mündel nicht bezahlen wolle, so konnte der Kläger

609) Richtst. Landr. Cap. 43.

weiter nichts von ihm verlangen, als daß er ihm den Mündel überliefere, um ihn zu züchtigen oder wie jeden anderen zahlungsunfähigen Schuldner zu behandeln, d. h. ihn zwingen, daß er als Gesinde die Schuld bei ihm abverdiene. So erklärt sich denn auch, warum in den in der Note 602 angeführten Artikeln des Sachsenspiegels und Schwabenspiegels nur gesagt wird, daß der Vormund die Schuld aus des Kindes Gute bezahlen solle, ohne daß irgend angedeutet würde, daß er subsidiarisch mit seinem eigenen Vermögen haften müsse, was hätte erwähnt werden müssen, wenn er dazu rechtlich geradezu hätte gezwungen werden können. Hierzu kommt noch, daß der Schwabenspiegel [610]) den Vater ausdrücklich von der Verpflichtung, mit seinem eigenen Vermögen für das Vergehen des Kindes einzustehen, freispricht und kein Grund abzusehen ist, warum hier eine günstigere Behandlung des Vaters hätte eintreten sollen, als bei jedem anderen Vormunde. Uebrigens war nicht einmal nach allen Rechten der Kläger, wenn der Mündel nicht hinreichendes Vermögen zur Bezahlung der Schuld besaß, zu einem Anspruche auf dessen Person berechtigt, sondern dieser wurde dann ganz frei [611]). Selbstverständlich konnte aber, wenn der Unmündige später Vermögen erwarb, der Kläger daraus seine Befriedigung fordern [612]). Die Rechtsquellen der älteren Zeit enthalten nichts, woraus sich die Frage, ob der Vormund subsidiarisch mit seinem Vermögen für die vom Mündel verwirkte Buße und Schadenersatz einstehen müsse, direct beantworten ließe. Indessen kann man doch aus den Worten der in der Note 608 angeführten Stelle der LL. Liutprandi: parentes aut mundualdus componat pro ipsa puella schließen, daß nach dem longobard. Rechte der Vormund unbedingt für die Composition einstehen mußte, also auch dann, wenn das Vermögen des Mündels unzureichend war. Bei der Standesvormundschaft war es nach demselben Rechte ebenso [613]). Die angeführten Stellen ergeben zugleich, daß der Herr im ganzen auf gleiche Weise für seinen Unfreien, wie der Standesvormund für seinen Mündel haften mußte. Alles dieses gilt aber zunächst nur von dem longobard. Rechte. Zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage nach den übrigen Rechten wird besonders die Analogie zwischen dem Verhältniß des Vormundes zu seinem Mündel und dem des Herrn zu seinem Unfreien wichtig, indem über das Haften des Herrn für diesen die Volksrechte ziemlich reichhaltige Bestimmungen enthalten, deren Zahl noch weit größer wird, wenn man damit diejenigen verbindet, welche sich auf die Haftung des Herrn für seine Thiere beziehen. Zu dieser Verbindung ist man aber vollkommen berechtigt, da schon nach der Natur der Sache und nach später anzuführenden Stellen zwischen beiden Fällen völlige Gleichheit stattfindet. Hierbei ist von dem Falle ganz abzusehen, wo

610) Schwabensp. 110, 1—3.
611) Schwabensp. 148, 3.
612) Schwabensp. 119, 4.
613) Edict. Rothar. 263. LL. Liutpr. 121. (6. 68.)

der Herr selbst den Unfreien oder das Thier zur Anrichtung des Schadens veranlaßt oder doch darum gewußt hat, indem er in diesem Falle nach allen Volksrechten so haften muß, als wäre er selbst Urheber des Schadens. Es fragt sich daher nur, wie weit der Herr für den Schaden haften müsse, welcher ohne sein Wissen und Willen von seinem Unfreien oder seinem Thiere zugefügt worden ist. In dieser Beziehung finden sich in den Volksrechten im wesentlichen drei verschiedene Systeme. Nach dem ersten System, welches sich in dem longobardischen, thüringischen, bayerischen, salfränkischen und ripuarischen Volksrechte findet, haftet der Herr unbedingt für den durch seinen Unfreien oder sein Thier angerichteten Schaden, kann jedoch durch Uebergabe des Unfreien oder des Thieres an den Kläger einen Theil der Schuld abtragen; welchen Theil, ist in den einzelnen Volksrechten sehr verschiedenartig bestimmt. Nach dem longobard. Rechte wird nämlich der Unfreie oder das Thier dabei nur zu seinem wahren Werthe angeschlagen[614]). Aus dem in der Note angeführten Grunde darf man auch annehmen, daß das thüring. Volksrecht in dieser Hinsicht ganz mit dem longobardischen übereinstimmt, obgleich es sich ganz allgemein ausdrückt[615]). Nach dem bayer. Volksrechte hingegen werden die Unfreien oder das Thier, wenn sie dem Kläger übergeben werden, zu ihrem Wehrgelde berechnet[616]). Nach dem fränkischen Volksrechte endlich kann der Beklagte durch Uebergabe des schadenden Unfreien oder Thieres die Hälfte der durch die Beschädigung verwirkten Composition tilgen[617]). Das zweite System findet sich im sächsischen Rechte. Nach demselben hat der Herr für den durch seinen Unfreien oder sein Thier gestifteten Schaden außer, wenn er ihn selbst veranlaßt oder darum gewußt hat, nur dann zu haften, wenn er sie nach der Schadenszufügung noch in seinen Gewerren behält oder in diese wieder zurücknimmt. Hinsichtlich der Unfreien sagt dies die Lex Saxonum ganz deutlich[618]). In Ansehung des durch Thiere angerichteten Schadens drückt sich dieses Volksrecht nicht so deutlich aus, und zwar nur dahin, daß der Eigenthümer des schadenden Thieres den Schaden ersetzen solle[619]). Dies ist aber wohl nur der in diesem Volksrechte herrschenden Kürze zuzuschreiben. Daß dasselbe in der That bei Thieren denselben Grundsatz hatte wie bei Unfreien, zeigt eine Stelle des Sach-

---

614) Edict. Rothar. 142. In Beziehung auf Thiere wird zwar im Edict. Rothar. 330. nur gesagt, daß für durch Thiere angerichteten Schaden der Eigenthümer hafte. Allein daß ein Thier, wenn es nur zu seinem wahren Werthe angeschlagen wird, mit anstatt der Zahlung übergeben werden kann, scheint sich, zumal in Erwägung, daß in älterer Zeit die Zahlungen meistens in Vieh geleistet wurden, so von selbst zu verstehen, daß es nicht erst noch dessen besonderer Hervorhebung bedurfte.

615) L. Angl. et Werin. 11. u. 16.

616) L. Baiuv. VII. 2. §. 1—4.

617) L. Sal. 38. 7. 39.

618) L. Saxon. 2. 3. u. 11. §. 2. 3. 5.

619) L. Saxon. Tit. 13.

senspiegels[620]), welche man, gerade wegen jener Uebereinstimmung im Princip, unbedenklich zur Ergänzung der Lex Saxonum brauchen darf. Das dritte System endlich verpflichtet den Beklagten zu weiter nichts, als zur Auslieferung des schadenden Unfreien oder Thieres an den Kläger, wovon die natürliche Folge ist, daß, wenn der Herr sie nicht ausliefern will, er die volle durch die Beschädigung verwirkte Composition bezahlen muß. Dieses System findet sich in dem westgothischen und burgundischen Volksrechte[621]). — Zur Beantwortung der Frage, ob diese verschiedenartigen Bestimmungen über die Haftung des Herrn für seine Unfreien und Thiere auch auf das Verhältniß des Vormundes zu seinem Mündel Anwendung zulassen, bedarf es der Erforschung des Grundes derselben. Was das erste System anlangt, so wird in der Lex Baiuvariorum (vgl. die Stelle in Note 616) als Grund, weshalb der Herr für die durch seinen Unfreien verwirkte Composition einstehen müsse, angegeben: quod servo suo disciplinam minime imposuit; und in einer anderen Stelle desselben Volksrechtes[622]) heißt es in dieser Hinsicht: Dominus omnia (sc. quae servus depraedavit) similia restituat, quia servo suo non contestavit, ut talia non faceret. Der Grund, warum der Herr für seinen Unfreien haften muß, ist sonach eine Verschuldung desselben. Da er aber stets für seinen Unfreien oder sein Thier nach dem Obigen haften muß, so folgt hieraus, daß jedesmal, wenn sie einen Schaden gestiftet haben, ihm eine Verschuldung hierbei zur Last fallen muß, was aber nur darin seinen Grund haben kann, daß jeder, welcher einen Unfreien oder ein Thier hat, sie so zu beaufsichtigen verbunden ist, daß sie Dritten nicht schaden. Auch die Bestimmungen des longobard. Rechtes beruhen auf demselben Grunde. Dies ergiebt sich aus einer Stelle desselben[623]), in welcher offenbar als Regel angenommen wird, daß, wenn Hunde Schaden gethan haben, dem Herrn derselben dabei eine culpa zur Last falle und daß ihm eine solche nur dann vorgeworfen werden könne, wenn ein Anderer durch sein Benehmen den Schaden angestiftet hat. Da nun aber der Herr eines Unfreien oder eines Thieres sie nur so lange beaufsichtigen kann, als er sie in seiner Gewalt hat, so läßt sich hieraus schließen, daß er dann nicht mehr für sie zu haften braucht, wenn seine Gewalt über sie aus irgend einem Grunde, sei es mit oder wider seinen Willen, aufgehört hat. Dies wird auch an einer anderen Stelle des longobard. Rechtes deutlich ausgesprochen[624]), nach welcher derjenige, welcher einen Unfreien oder ein Thier als Pfand besitzt, für den Schaden, welchen sie, während sie sich in seiner Gewere befinden, anrichten, haften soll und nicht ihr

620) Sächs. Landr. B. 2, Art. 40, §. 1.

621) L. Wisigoth. VI. 1. 40. VII. 1. 1. VIII. 4. 12. L. Burgund. Tit. 2. §. 3. 5. 6. Tit. 18. §. 1.

622) L. Baiuv. II. 5. 6.

623) Edict. Rothar. 327.

624) LL. Liutpr. 110. (6. 57.)

Herr, weil jener sie während dieser Zeit so beaufsichtigen muß, daß sie nicht schaden können. Hiernach beruht wohl auch die Haftung desjenigen, welcher ein Thier geliehen erhalten oder gemiethet hat, für den während der Zeit seines Besitzes von demselben angerichteten Schaden[625]) auf demselben Grunde. Obgleich in den übrigen Volksrechten, in welchen sich das erste System findet, nichts über den Grund der Haftung des Herrn für seine Unfreien und Thiere vorkommt, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß es kein anderer als der eben angegebene war. Das dritte System beruht offenbar auf demselben Princip wie das erste, indem es ebenfalls von der unbedingten Haftpflicht des Herrn für seinen Unfreien und sein Thier ausgeht, und wenn es ihm gestattet, sich durch Uebergabe derselben an den Kläger von allen weiteren Ansprüchen zu befreien, dies ohne Zweifel von dem Einflusse der römischen Grundsätze über die noxae deditio herrührt, was sich daraus erklärt, daß die Rechtsquellen, worin es sich findet, nämlich das westgothische und burgundische Volksrecht, auch sonst viel römisches Recht enthalten. Dagegen lassen sich die Grundsätze des sächsischen Rechtes über die Haftung des Herrn nicht aus diesem Princip ableiten, weil daraus nicht erklärt werden kann, warum er, wenn er den Unfreien oder das Thier nach geschehener That nicht wieder in seine Gewere nimmt oder sie sofort nach erhaltener Wissenschaft davon daraus entläßt, nicht zu haften braucht. Der wahre Grund der Haftung des Herrn nach sächsischem Rechte scheint vielmehr darin zu liegen, daß, wenn er sie, nach erhaltener Kenntniß von der That, noch in seinen Geweren behält oder, falls sie nach derselben entflohen sein sollten, sie wieder in diese zurücknimmt, darin eine stillschweigende Genehmigung der That oder doch wenigstens eine stillschweigende Erklärung, jene wegen derselben vertreten zu wollen, darin gefunden wird. — Dieselben Gründe, auf welchen sowohl nach dem einen wie nach dem anderen System die Haftpflicht des Herrn für seine Unfreien und Thiere beruht, sind offenbar auch bei dem Vormunde im Verhältniß zu seinem Mündel vorhanden und müssen daher auch für ihn eine Verpflichtung, für diesen in gleichem Umfange zu haften, begründen. Denn, um von dem System des sächsischen Rechtes auszugehen, auch bei ihm, da er den Mündel in seinen Geweren zu haben nicht rechtlich verpflichtet ist, läßt sich dem Zurücknehmen oder Behalten in denselben nach vollbrachter That dieselbe Bedeutung beilegen, wie wenn der Herr eines Unfreien oder Thieres in gleichem Falle dies thut, und auch er hat, wie es das erste System mit sich bringt, über seinen Mündel eine solche Gewalt, daß er diesen von der Beschädigung Anderer abhalten kann. Deshalb stützt auch im Richtsteig Landrechts Cap. 43 der Blutsfreund des durch einen Unmündigen Getödteten seinen Anspruch gegen dessen Vormund darauf, daß er das Kind nicht gezwungen oder den Unsinnigen nicht bewahrt habe, ganz so wie in dem bayerischen

625) Edict. Rothar. 332.

Volksrechte[626]) als Grund, weshalb der Herr für seinen Unfreien haften muß, angegeben wird: „quod servo suo disciplinam minime imposuit", „quod servo suo non contestavit, ut talia non faceret", und in dem longobardischen Rechte[627]): „quia eum sic custodire debuit, ut aliquod malum facere non posset." Endlich wird dies vollständig dadurch bestätigt, daß in einer Stelle[628]) Thiere, Unfreie und Unmündige in Bezug auf die Haftpflicht des Herrn, bezüglich des Vormundes einander ganz gleich gesetzt werden. Demnach ist man wohl zu der Annahme berechtigt, daß der Vormund nach jedem Volksrechte unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfange mit seinem eigenen Vermögen für das von seinem Mündel verübte Vergehen haften mußte, unter welchen und in welchem nach demselben der Herr für seinen Unfreien und sein Thier einzustehen hatte. Hierzu paßt es denn auch vollständig, daß, wie früher bemerkt wurde, nach dem longobard. Rechte, da es dem ersten System angehört, der Vormund unbedingt für die durch seinen Mündel verwirkte Composition einstehen muß. Da nun aber nach dem ersten System der Herr durch Ueberlassung seines Unfreien oder seines Thieres an den Kläger einen Theil seiner Schuld tilgen und nach dem dritten sich ganz dadurch von der Schuld befreien kann, so entsteht die Frage, ob auch dem Vormunde dasselbe Recht zustehe. Dies muß mit Kraut in Abrede gestellt werden. Denn die Ueberlassung der Unfreien und der Thiere an den Kläger geschah, damit er willkürlich über dieselben verfügen, besonders sie auch zur Strafe tödten könne. Ein solches Recht konnten aber bei Freien, welche eines Vergehens sich schuldig gemacht hatten, der Verletzte oder dessen Blutsverwandte über sie niemals erhalten; am wenigsten war der Familienvormund befugt, es ihnen über seinen Mündel zu verstatten. Damit steht auch durchaus nicht im Widerspruche, daß, wie bemerkt wurde, nach dem späteren sächsischen Rechte der Vormund den Mündel dem Kläger überlassen konnte, damit dieser ihn züchtige oder damit der Mündel als Gesinde bei dem Kläger die Schuld abverdiene; denn jene Züchtigung war keine willkürliche Strafe, sondern bestand nur in dem Schlagen mit Ruthen, und auch im letzteren Falle durfte der Uebergebene nicht willkürlich behandelt werden; am wenigsten wurde der Mündel dadurch für immer ein Unfreier des Klägers, wie diesem an Zahlungsstatt überlassene Leibeigene. Durch die Uebergabe des Mündels an den Kläger mit so beschränkten Rechten würde dieser aber nicht die Befriedigung erhalten haben, wie er sie nach dem Gesetze verlangen konnte. Es bleibt daher nur übrig, anzunehmen, daß der Vormund immer die ganze durch seinen Mündel verwirkte Composition und Schadenersatz

---

626) L. Baiur. II. 5. 6. VII. 2. 6.
627) LL. Liutpr. 110.
628) Asegab. II, §. 12. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 358.

bezahlen mußte, ohne daß er durch Uebergabe des Mündels an den Kläger einen Theil davon hätte tilgen können. Weit weniger schwierig ist die Anwendung der Grundsätze des sächsischen Rechtes auf das Verhältniß zwischen Vormund und Mündel. Denn wenn hiernach der Vormund nach erhaltener Kenntniß von der That den Mündel wieder zu sich nimmt oder nicht sofort aus seinen Geweren entläßt und dadurch entweder seine Genehmigung derselben oder doch seine Absicht, den Mündel deshalb vertreten zu wollen, zu erkennen giebt, so muß er selbstverständlich die ganze Composition bezahlen, ohne den Mündel dem Kläger überlassen zu können. Giebt er aber den Mündel auf, so hat der Kläger kein weiteres Recht gegen ihn und der Kläger kann den Mündel, wenn derselbe kein Vermögen besitzt, aus welchem die Schuld getilgt werden kann, dann ebenso wie jeden anderen zahlungsunfähigen Schuldner behandeln, d. h. dessen Uebergabe zu Hand und Halfter durch das Gericht verlangen. Hiernach war der Unterschied zwischen dem älteren und dem späteren sächsischen Rechte im wesentlichen wohl nur der, daß nach diesem der Vormund auch, wenn er nach der That sich des Mündels angenommen hatte, sich doch noch immer dadurch von der persönlichen Haftung befreien konnte, daß er ihn aufgab, während das ältere Recht ihm dies nicht verstattete. Muß nun gleich der Vormund mit seinem Vermögen subsidiarisch für die Vergehen des Mündels einstehen, so gilt dies zunächst nur im Verhältniß zu dem durch das Vergehen Verletzten oder zu dessen Vormunde des Todtschlages, und es fragt sich daher noch, ob er nicht wieder wenigstens eine theilweise Schadloshaltung von den übrigen Verwandten des Mündels fordern könne. Mit Kraut ist diese Frage wohl zu verneinen, da ja der Vormund deshalb für den Mündel haften muß, weil er es an der gehörigen Aufsicht über denselben hat fehlen lassen und diesen Vorwurf ihm ebensogut die übrigen Verwandten des Mündels wie Dritte machen können. — Außer jenen Ansprüchen gegen den Vormund hatte auch Jeder, gegen welchen ein Kind oder ein Wahnsinniger ein Vergehen verübt hatte, das Recht, diese selbst nicht nur zu schelten, sondern auch zu raufen und mit Ruthen zu züchtigen[629]. Hatte er sie aber blutrünstig gemacht oder ihrer Gesundheit Schaden zugefügt, so mußte er, wenigstens nach einigen späteren Rechtsquellen, Buße und Wette erlegen[630]. Auch verwirkte er diese, wenn er die Züchtigung nicht sofort auf frischer That unternahm[631]. Durch die Ausübung dieses Züchtigungsrechtes von Seiten des Verletzten fiel dessen Anspruch auf Wehrgeld und Schadenersatz weg. Dies scheint nicht nur in der Natur der Sache zu liegen, sondern es spricht dafür auch die Annahme im Richtsteige Landrechts

629) Sächs. Landrecht B. 2, Art. 65, §. 2. Uebereinstimmend damit sind Magdeb. Recht v. 1304 Art. 117 (Gaupp S. 310). Verm. Sachsensp. III, 14, 2. Sächs. Distinct. VI, 12, 4.

630) Goslar. Stat. S. 42, Z. 4 – 8.

631) Görlitz. Landr. Cap. 47, §. 16.

Cap. 43 a. E., daß von einer Bezahlung des Wehrgeldes und des Schadenersatzes durch den Vormund oder, wenn dieser sich dazu nicht verstehen wolle, von einem Abverdienen der Schuld von Seiten des Unmündigen bei dem Gläubiger nur dann die Rede sein könne, wenn dieser ihn nicht schon gezüchtigt habe.

8) Form der Vertretung. In Betreff dieser fragt es sich erstens, ob der Vormund dabei in eigenem Namen oder in dem seines Mündels handelte und, wenn das Letztere der Fall sein sollte, zweitens, ob der Mündel selbst bei der Handlung zugegen sein mußte, welchenfalls er eigentlich als der Handelnde und der Vormund nur als der Zustimmende anzusehen sein würde, oder ob er abwesend sein konnte. Diese Fragen lassen sich nur durch Vergleichung der einzelnen hierauf bezüglichen Stellen mit einander und deren genauere Prüfung beantworten. Besonders wichtig sind hier für die ältere Zeit, wie für das gerichtliche Verfahren überhaupt, die Formeln, namentlich diejenigen, welche sich auf einzelne Stellen der Lex Longobardorum beziehen und von welchen die ältesten dem Anfange des 11. Jahrhunderts angehören. Zuvörderst sind diejenigen Formeln zu erwähnen, welche von dem Verfahren reden, welches dann beobachtet wird, wenn gegen den Mündel eine Rechtsverletzung begangen ist[632]). Bei Vergleichung der in der Note angeführten Formeln mit einander ergiebt sich, daß in den vier ersten der Vormund allein und in seinem eigenen Namen klagt und das gegen seinen Mündel verübte Vergehen nur als Grund seiner Klage anführt, während in den beiden letzteren der Mündel selbst vor Gericht erscheint und klagt und der Vormund ihm nur dabei beisteht. Dieser Unterschied hängt, wie eine genauere Betrachtung des Inhaltes jener Formeln ergiebt, damit zusammen, daß in dem ersteren Falle die Klage wegen eines gegen den Mündel verübten Vergehens, im letzteren hingegen aus irgend einem anderen Grunde erhoben wird. Hieraus folgt wieder, daß der Vormund die Composition für das gegen seinen Mündel verübte Vergehen nicht sowohl wegen der für diesen darin liegenden Rechtsverletzung, als vielmehr wegen der dadurch herbeigeführten Verletzung seiner vormundschaftlichen Rechte über denselben einklagt. Die Klage des Vormundes unterscheidet sich daher, wie auch die vierte Stelle ergiebt, nicht von der Klage eines Herrn wegen eines gegen seinen Unfreien begangenen Vergehens, wobei natürlich von einer Verletzung der Rechte des Unfreien nicht die Rede sein kann. Dieses Verfahren war natürlich dann nicht anwendbar, wenn der Vormund selbst sich gegen den Mündel vergangen hatte. In der ältesten Zeit klagten hier wohl diejenigen, welchen der Schutz des Mündels gegen den Vormund oblag. Nach

---

632) Form. ad Edict. Rothar. 198. Form. ad LL. Liutpr. 93. (6. 40.) Form. ad easd. 123. (6. 70.) Form. ad easd. 124. (6. 71.) Form. ad Edict. Rothar. 205. Form. ad LL. Liutpr. 13. (6. 7.) Die Stellen sind abgedruckt bei **Kraut** Bd. 1, S. 363.

den longobardischen Formeln tritt aber der Mündel in diesem Falle schon selbst vor Gericht auf, welches ihm dann einen Vormund giebt, unter dessen Beistande er die Klage anbringt und durchführt[633]). Dasselbe Verfahren wurde auch noch zur Zeit des Sachsenspiegels beobachtet[634]). Dort ist ausgesprochen, daß, wenn ein Mädchen oder Witwe über ihren rechten Vormund klagt, daß er ihr ihr Gut nehme, das Gericht zu der Klage sie bevormunden soll. Außer in diesem Falle erscheint da, wo andere Unmündige selbst die Klage anstellen, die Ehefrau nicht selbst vor Gericht, sondern ihr Mann allein, und klagt nicht blos in ihrem Namen, sondern zugleich auch in seinem eigenen[635]). Dies erklärt sich wohl aus dem selbstständigen Rechte des Mannes an dem Vermögen seiner Frau; wo ein solches zustand, brauchte der Mündel nicht auch selbst vor Gericht zu erscheinen. Es fragt sich noch, wie es in den Fällen, in welchen nach dem vorher Bemerkten der Mündel selbst zu klagen hatte und der Vormund ihm nur beistand, mit solchen Unmündigen gehalten wurde, welche, wie sprachlose Kinder, Stumme und Wahnsinnige, von Natur unfähig waren zu reden. Dies war wohl kein Grund, daß der Vormund hier die Klage in seinem eigenen Namen hätte anbringen müssen, sondern er klagte im Namen seines Mündels, ganz wie z. B. ein Kirchenvogt für seine Kirche klagte[636]). Diese älteren Grundsätze änderten sich später darin, daß nach den Rechtsquellen der mittleren Zeit der Vormund von Frauenspersonen wegen der gegen diese begangenen Vergehen niemals mehr in eigenem Namen klagte, sondern daß die Frauensperson selbst als Klägerin auftritt und der Vormund ihr nur beistand. Dies ergiebt sich besonders aus einer Stelle des Sachsenspiegels[637]), nach welcher eine Frauensperson wegen an ihr verübter Nothzucht oder sonstiger handhafter That selbst klagt, regelmäßig unter Beistand ihres rechten Vormundes; wenn dieser aber nicht sofort zu haben ist und die Klage nicht zu Kampfe geht, wird ihr vom Richter dazu ein Vormund gegeben. — Ueber die Frage, wie es in dem Falle mit der Vertretung des Unmündigen stehe, wenn Jemand einen Anspruch gegen ihn hat, belehrt uns für die ältere Zeit eine Stelle der Capitularien[638]). Hiernach wurde unterschieden zwischen Klagen um Ungericht, d. h. wegen vom Unmündigen verübter Vergehen, und zwischen Klagen, welche sich unmittelbar auf dessen Vermögen bezogen, welche man kurz Civilklagen nennen kann. Bei den ersteren erging die mannitio, d. h. die Mahnung des Klägers, entweder ihm Genugthuung zu leisten oder sich vor Gericht zu stellen, sowie auch die Vorladung vor

633) Form. ad Edict. Rothar. 196.
634) Sächs. Landr. B. 1, Art. 44.
635) Form. ad LL. Liutpr. 64. (6. 11.)
636) Darüber belehrt Form. ad LL. Aistalphi. 7.
637) Sächs. Landr. B. 1, Art. 43.
638) Capit. de interpr. leg. Sal. (Capit. III. a. 819.) c. 5. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 366.

Gericht von Seiten des Richters unmittelbar an den Unmündigen selbst. Auch das fernere Verfahren konnte wohl gegen diesen allein stattfinden und er ohne Zuziehung seines Vormundes verurtheilt werden. Ebenso-wenig läßt sich indessen bezweifeln, daß der Vormund zur Vertretung seines Mündels hierbei befugt war, um unnöthigen Schaden von ihm und sich abzuwenden. Von einer Verpflichtung des Vormundes hierzu, zu deren Erfüllung er hätte gezwungen werden können, findet sich aber keine Spur. Civilklagen hingegen konnten während der Unmündigkeit des Beklagten überhaupt nicht geltend gemacht werden, sondern der Kläger mußte mit deren Anstellung bis zur Mündigkeit des Beklagten warten. Ebenso verhielt sich die Sache noch im späteren Rechte[639]. Nach der in der Note 638 angeführten Stelle der Capitularien muß man annehmen, daß bei den salischen Franken auch selbst dann die Anstellung von Civilklagen gegen einen Unmündigen zulässig war, wenn der Vormund dessen Vertretung übernehmen wollte, da in derselben ganz allgemein gesagt wird, daß der Kläger mit der Anstellung seiner Klage warten müsse, bis der Beklagte 12 Jahre alt, d. h. mündig geworden sei. Die in der Note 639 angeführte Stelle des Magdeburger Rechtes hingegen ergiebt, daß nach diesem, wie überhaupt wohl nach dem Rechte der mittleren Zeit, wenn der Vormund die Vertretung seines Mündels übernehmen wollte, die Klage auch schon während dessen Unmündigkeit angestellt werden konnte[640]. Auch unterscheidet die in der Note 639 angeführte Stelle der Glosse zum sächsischen Weichbilde in ihrem weiteren Verlaufe von den Klagen gegen den Unmündigen noch die lediglich gegen dessen Vermögen gerichteten und verstattet ohne weiteres deren Anstellung während der Unmündigkeit des Beklagten und in deren Folge die Einweisung in dessen Gut, welche indessen nur zur Sicherung der Gläubiger dient und sie nicht zur Veräußerung berechtigt. Das bei Klagen um Ungericht gegen Unmündige zu beobachtende Verfahren ist genauer beschrieben in einer Stelle des Richtsteiges Landrechts[641], welche darin von der Glosse zum sächsischen Weichbilde abweicht, daß, wenn der rechte Vormund des Unmündigen sich nicht zur Führung der Vertheidigung desselben vor Gericht einfindet, der Richter, wenn nicht etwa einer der im Gerichte Anwesenden sich freiwillig dazu erbietet, dem Unmündigen von Amtswegen einen Vormund zu bestellen hat. Alle angeführten Stellen sprechen zwar zunächst von unmündigen Kindern; daß aber auch bei Wahnsinnigen in Klagen um Ungericht

639) Dies lehrt noch die Glosse zum sächs. Weichb. Art. 26. Vgl. auch Magdeb. Recht v. 1265 §. 21 (bei Gaupp S. 264), v. 1304 §. 60 (Gaupp S. 291), wo man den Ausdruck begedung (tegedinc, tagedinc, taiding, täding), welcher den Proceß (die Vertheidigung), bisweilen auch das Gericht bezeichnet, in Gemäßheit jener Stelle der Glosse nur auf Civilstreitigkeiten beziehen darf.

640) Siehe auch Magdeb. Fragen I, 8, 1 und Magdeb. Schöffenspr. bei Böhme Bd. 131, Nr. 3.

641) Richtst. Landr. Cap. 43.

dasselbe Verfahren stattfand, ergiebt die Stelle des Richtsteiges, und daß es auch bei Frauenspersonen in derartigen Klagen kein anderes war und also wohl bei allen Unmündigen überhaupt galt, ergeben die Goslar. Statuten [642]). Da aber unmündige Kinder und Wahnsinnige nicht peinlich bestraft werden können, wohl aber andere Unmündige, so unterscheidet sich das Verfahren gegen die ersteren in seinem Fortgange von dem gegen die letzteren allerdings dadurch, daß es, wenn erst feststeht, daß der wegen Ungericht Angeklagte ein unmündiges Kind oder wahnsinnig sei, in ein gewöhnliches Civilverfahren übergeht. Daher rechnet auch die angeführte Stelle des Richtsteiges die in diesem Falle anzustellende Klage zu den vermengenden, d. h. vermischten, weil man sie peinlich und mit Gericht ansetze (beginne) und sie später bürgerlich werde. Ganz anders verhält es sich bei Civilklagen. Die angeführten Stellen setzen nämlich immer voraus, daß der Unmündige einmal mündig werde. Dies ist nicht auf solche Unmündige anwendbar, welche niemals mündig werden, wie Frauenspersonen und Geisteskranke. Auch würde ja im entgegengesetzten Falle überhaupt keine Klage gegen Personen dieser Art zulässig sein. Vielmehr mußten die ersteren, wenn sie zu ihren Jahren gekommen waren und entweder keinen rechten Vormund hatten oder dieser sich ihrer nicht annahm, sich, da sie in Civilstreitigkeiten auch als Beklagte nicht allein handeln konnten, selbst einen Vormund wählen [643]). Den Geisteskranken aber, welche sich selbst keinen Vormund wählen konnten, bestellte wohl das Gericht einen solchen. Das Resultat des Ganzen ist folgendes: Klagen wegen Ungericht konnten gegen Unmündige überhaupt auch ohne Zuziehung ihres rechten Vormundes erhoben werden; in der mittleren Zeit erhielten sie, wenn sie keinen rechten Vormund hatten oder derselbe sich ihrer nicht annahm, Gerichtswegen zur Führung ihrer Vertheidigung einen Vormund beigeordnet; auch konnte jeder Biedermann diese Vertheidigung freiwillig mit Erlaubniß des Richters übernehmen. Bei Civilklagen hingegen ist zwischen unmündigen Kindern und anderen Unmündigen zu unterscheiden. Gegen die ersteren war ihre Geltendmachung nach dem älteren Rechte, so lange dieselben noch nicht zu ihren Jahren gekommen waren, überhaupt unzulässig; nach dem Rechte der mittleren Zeit nur dann zulässig, wenn ihr rechter Vormund sie dabei vertreten wollte. Es entstehen hier noch zwei Fragen: die erste, warum man einen solchen Unterschied zwischen Klagen wegen Ungericht und Civilklagen machte; die zweite, warum man bei den letzteren Kinder unter ihren Jahren anders behandelte, als andere Unmündige. Der erste Unterschied scheint mit Kraut darauf zu beruhen, daß das Verfahren bei Klagen wegen Ungericht schleuniger ist, als bei Civilklagen und daher keinen solchen Aufschub verstattet, besonders aber

642) Goslar. Stat. S. 18, Z. 13—15.

643) Mühlhäus. Stat. aus dem 13. Jahrh. bei Grashof p. 254. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 370 flg.

darauf, daß hier wenig auf die Art der Vertheidigung des Angeklagten ankommt, sondern, wenn er nicht durch seinen Eid die Anklage ablehnen kann, Alles von der Beweisführung des Klägers abhängt, während das Verfahren bei Civilklagen eher einen Aufschub erlaubt und, wegen der nicht selten hierbei eintretenden vielen Zweifel, es sehr wichtig ist, wie der Beklagte sich verantwortet. Der Unterschied, welchen man bei Civilklagen zwischen Kindern unter ihren Jahren und anderen Unmündigen machte, hängt aber wohl damit zusammen, daß erstere jede während ihrer Unjährigkeit vorgenommene Disposition über ihr Vermögen, sobald sie zu ihren Jahren gekommen sind, nach dem früher Bemerkten anfechten dürfen und sie daher auch wohl ein richterliches Urtheil, wodurch ihnen ein Stück ihres Vermögens während ihrer Unjährigkeit aberkannt ist, anzuerkennen brauchen. — In allen Fällen, wo der Vormund mit seinem Mündel vor Gericht auftrat, hatte er die zur Durchführung der Klage oder, wenn der Mündel der Beklagte war, die zu dessen Vertheidigung nothwendigen Worte zu sprechen (zu klagen und zu antworten)[644]. Doch konnte er, wenn er sich nicht für fähig hielt, das Wort selbst zu führen, wie jeder in eigenem Namen Klagende oder Verklagte, sich eines Vorsprechers bedienen, zu welchem er sich dann ebenso verhielt, wie wenn er in seinem eigenen Namen processirte[645]. Daher muß auch der Vormund, wenn er für den Mündel klagt, die Gewere der Klage angeloben[646]. Aus der angeführten Stelle des Sachsenspiegels ergiebt sich, daß das Angeloben der Gewere Pflicht eines jeden Vormundes überhaupt war, sowohl des rechten als des Vormundes von Gerichtswegen, d. h. des vom Richter bestellten. In Bezug auf das Leisten der Gewere macht diese Stelle aber einen Unterschied zwischen beiden, indem bei dem letzteren nicht nur die Worte: „u. lesten" offenbar absichtlich weggelassen sind, sondern auch noch ausdrücklich beigefügt wird, daß er weiter keine Noth, d. h. keinen Nachtheil davon haben solle, als daß er, die Wahrheit zu bekennen, verpflichtet sei. Zum Verständniß dessen ist zu bemerken, daß nach älterem teutschen Rechte der Beklagte vom Kläger die Gewere der Klage verlangen kann, d. h. das Versprechen, daß der Kläger die Klage nicht ändern oder sie noch bei einem anderen Gerichte anstellen, noch auch, daß den Beklagten später ein Anderer wegen desselben Gegenstandes in Anspruch nehmen werde[647]. Hieraus ergiebt sich, warum der Vormund in eigenem Namen, nicht aber der Mündel oder der Vormund für denselben die

644) Asberg. Stat. Art. 6 bei Fischer, Geschichte der teutschen Erbfolge S. 143.

645) Augsburg. Stadtr. v. 1270 bei Freyberg S. 79 (bei Walch Bd. 4, S. 220, §. 218).

646) Sächs. Landr. B. 1, Art. 47.

647) Sächs. Landr. B. 1, Art. 63, §. 2. B. 2, Art. 15. B. 3, Art. 14, §. 2. Sächs. Weichb. Art. 40, 114. Goslar. Stat. S. 44, Z. 12—18. Sächs. Distinct. VI, 21, 1.

Gewere angeloben mußte; denn die Anstellung der Klage und die Art ihrer Anstellung hing nach dem Obigen vom Ermessen des Vormundes ab, und daher konnte auch nur er jenes Versprechen wirksam geben. Dieses Versprechen muß nach dem späteren sächsischen Rechte immer entweder durch Handschlag oder an den Gerichtsstab, d. h. durch Berührung des in den Händen des Richters befindlichen Gerichtsstabes geschehen; die bloße Erklärung, daß man die Gewere der Klage angelobe, genügte dazu nicht[648]), und ebenso scheint es im älteren Rechte gewesen zu sein[649]). Die neueren Schriftsteller bezeichnen diese Handlung durch die Redensarten: „die Gewere angeloben" und „die Gewere leisten", gebrauchen also beide gleichbedeutend. Dies ist aber nach dem Obigen, wie Kraut bemerkt, für das ältere Recht nicht richtig und es fragt sich daher, worin damals das Angeloben der Gewere von dem Leisten derselben sich unterschieden habe. Hält man sich zunächst an die Wortbedeutung, so könnte man unter Angeloben der Gewere das Versprechen der angegebenen Art, unter dem Leisten der Gewere die Bestellung einer Sicherheit für dessen Erfüllung durch Bürgen oder Pfänder verstehen wollen. Dies scheint dadurch Bestätigung zu finden, daß schon nach dem Zeugniß von Zobel[650]) früher es an einigen Orten Gewohnheit war, die Gewere zu verbürgen, d. h. Bürgen oder auch Pfänder dafür zu bestellen[651]). Allein diese Annahme wird dadurch widerlegt, daß die älteren Rechtsquellen nirgends aussprechen, daß, wenn der Kläger die Gewere breche, der Beklagte sich an ihm bestellte Bürgen oder Pfänder solle halten können; vielmehr sind nach denselben die Wirkungen der gebrochenen Gewere nur die, daß der Kläger außer der Abweisung der Klage und der dem Richter zu bezahlenden Wette, bei Civilklagen eine gewöhnliche Buße, bei peinlichen Klagen aber eine Wehrbuße verwirkt, d. h. zur Strafe entweder seine vordere Hand oder den Finger, mit welchem er die Gewere gelobt hat, verliert oder, wenn er seine Glieder behalten will, die Hälfte seines Wehrgeldes bezahlen muß[652]). Auch muß nach den Goslar. Statuten blos ein Gast oder Fremder die Gewere vergewissen, d. h. Bürgen oder Pfänder dafür bestellen, wenn es der Beklagte verlangt, und selbst ein solcher ist nach diesen Statuten dazu nicht verpflichtet, wenn er die Klage in eigener Person anstellt, sondern er hat dann nur die Gewere anzugeloben[653]). Demnach bleibt wohl nur übrig, mit Kraut unter dem Leisten der Gewere die Erfüllung des in deren Angelobung liegenden Versprechens und das Erleiden der auf

648) Const. dect. Saxon. 4. P. II. v. 1572. Carpzov, Iurispr. for. P. I. const. 4. def. 1. nr. 5.

649) Vgl. Kraut Bd. 1, S. 374, N. 14.

650) Zum sächs. Landr. B. 2, Art. 15, N. b.

651) Magdeb. Schöffenurth. v. 1517 bei Haltaus, Gloss. p. 702.

652) Sächs. Landr. B. 2, Art. 15. Weichb. Art. 114. Goslar. Stat. S. 81, Z. 22—25, 31—33. Verm. Sachsensp. IV, 15, 1. Sächs. Distinct. VI, 21, 2.

653) Goslar. Stat. S. 81, Z. 34—39.

deren Bruch gesetzten Strafen zu verstehen. Auch paßt dies sehr gut dazu, daß der Sachsenspiegel (B. 1, Art. 47) als Grund, warum der Vormund von Gerichtswegen die Gewere nicht zu leisten brauche, angiebt, seine Vormundschaft dauere nicht länger als das Gericht; denn während derselben Gerichtssitzung konnte jenes Versprechen wohl noch keine Wirkung äußern. Hatte nun gleich der Vormund von Gerichtswegen die von ihm gelobte Gewere nicht zu leisten, so mußte sie doch wohl von einem Anderen geleistet werden, da sonst das Angeloben derselben ganz unnütz gewesen wäre. Dieser Andere konnte aber Niemand sein, als entweder der Mündel selbst oder ein anderer Vormund desselben, d. h. entweder der rechte, wenn deshalb ein Vormund von Gerichtswegen hatte bestellt werden müssen, weil jener nicht gleich zur Hand war, oder auch ein anderer Vormund von Gerichtswegen, da in den Fällen, wo es eines Gerichtsvormundes bedurfte, der Richter für jede Gerichtssitzung einen besonderen Vormund dieser Art zu bestellen hatte[654]. Kaum denkbar ist aber, daß der Mündel, welcher hinsichtlich der Anstellung der Klage ganz von dem Vormunde abhängig war, die Gewere hätte leisten und die schweren Strafen des Bruches derselben tragen müssen. Ebensowenig ist glaublich, daß Jemand, der die Gewere nicht selbst gelobt hatte, sie zu leisten verpflichtet gewesen wäre, am wenigsten ein späterer Vormund von Gerichtswegen. Es bleibt daher wohl nur die Annahme übrig, daß das Angelöbniß der Gewere durch einen Vormund von Gerichtswegen in der That nur die Wirkung hatte, welche der Sachsenspiegel (B. 1, Art. 47) selbst als solche angiebt, nämlich daß er insbesondre noch dadurch verpflichtet wurde, die Wahrheit zu sagen, und unter diesen Umständen mochte es denn auch weniger bedenklich sein, daß hier von einem Leisten der Gewere nicht die Rede war. — Dies Alles gilt zunächst nur von dem sächsischen Rechte. Nach dem Schwabenspiegel hingegen haben Frauenspersonen immer selbst die Gewere zu leisten, welche ihr Vormund für sie gelobt hat[655], was wohl damit zusammenhängt, daß die Geschlechtsvormundschaft in diesem Rechtsbuche von weit gelinderem Charakter ist, als im sächsischen Rechte, und daher keine Anwendung auf unmündige Kinder und Wahnsinnige zuläßt. — Die Beweisführung anlangend, so mußte der Mündel die dazu gehörigen Handlungen, soweit er dazu im Stande war, regelmäßig selbst vornehmen. Namentlich wird in mehreren longobardischen Formeln gesagt: approbet oder probet femina[656]. Der Vormund hatte daher hier nur dem Mündel mit seinem Rathe beizustehen und diejenigen Handlungen, welche dieser nicht selbst vornehmen konnte, für ihn zu versehen. Deshalb mußte der Vormund, wenn der Beweis durch einen gerichtlichen Zweikampf geführt wurde, diesen immer für seinen Mündel,

---

654) Sächs. Landr. B. 1, Art. 47.
655) Schwabensp. 313, 9.
656) Form. ad Edict. Rothar. 205. ad LL. Liutpr. 22. (4. 4.) 90. (6. 37.)

weil dieser nicht selbst hierzu im Stande war, übernehmen[657]), und bei einigen Unmündigen, namentlich bei Lahmen, war in späteren Zeiten selbst nur noch für diese Handlung ein Vormund nothwendig[658]). Aus demselben Grunde mußten ferner Vormünder von Kindern unter ihren Jahren, da diese nicht selbst Eide leisten konnten, und eben deshalb ohne Zweifel auch Vormünder von Wahnsinnigen für ihre Mündel schwören, während dagegen zu ihren Jahren gekommene geistig gesunde Personen, welche unter Vormundschaft stehen, die Eide selbst zu leisten hatten[659]). Letzteres gilt nach dem Sachsenspiegel auch von Frauenspersonen[660]). Schwierig ist die Beantwortung der Frage, wie sich zu diesem Rechte des Vormundes für seinen Mündel, wenn dieser nicht selbst dazu fähig war, Eide zu leisten, das Recht des Vaters verhält[661]). Nach den in der Note angeführten Stellen hat der Vater das Recht, seinen von ihm noch nicht gesonderten Sohn, wenn dieser wegen Ungerichts verklagt ist, auszunehmen oder auszuziehen, sofern er schwört, daß derselbe der That unschuldig sei. Die Mutter hat dieses Recht nicht[662]). Dagegen wird es dem Herrn in Bezug auf seinen eigenen Mann und seinen Dienstboten (Brodesser) und dem Ehemanne in Bezug auf seine Frau beigelegt[663]). Die Folge der Eidfälligkeit dessen, welcher einen Anderen ausziehen will, besteht darin, daß beide, also Vater und Sohn, in der Klage behaftet sind, wie sich ein Magdeb. Schöffenurtheil ausdrückt; der Vater kann sich, wenn die Sache an den Hals tritt, mit einem ganzen Wehrgelde, d. i. 18 Pfund, wenn die Sache an die Hand tritt mit einem halben Wehrgelde entledigen, das Geld gebührt dem Kläger und dem Richter die Wette, und der Kläger kann nur sein Recht gegen den Sohn verfolgen[664]). Dieses Recht des Ausnehmens konnte nach dem Sachsenspiegel (II, 17, §. 2 u. 19, §. 2) nur Einmal, nach anderen Rechtsquellen[665]) höchstens dreimal ausgeübt werden. Auch fiel es weg, wenn derjenige, welcher den Anderen sonst hätte ausnehmen können, derselben That mit diesem beschuldigt war, außer wenn er sich zuvor von der Anschuldigung gereinigt hatte[666]). Bei dem ersten Blicke is

657) S. sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 2. Art. 43 u. 49.

658) Sächs. Landr. B. 1, Art. 48, §. 2.

659) Goslar. Stat. S. 17, Z. 35—37.

660) Sächs. Landr. B. 1, Art. 47.

661) Davon ist die Rede im sächs. Landr. B. 2, Art. 17, §. 2, eine Stelle, welche in den sächs. Distinct. IX, 7 etwas umschrieben wird. S. auch Magdeb. Recht v. 1295 §. 10 bei Stenzel, Urk.-Buch S. 429, v. 1304 §. 49 (ebendas. S. 450). Sächs. Weichb. Art. 92.

662) Magdeb. Recht v. 1304 §. 133 (bei Gaupp S. 314). Sächs. Weichb. Art. 92.

663) Sächs. Landr. B. 2, Art. 19, §. 2. Leobsch. Stat. bei Böhme 2, 12 a. E. Die letztere Stelle giebt zugleich die Eidesformel an.

664) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 102, Nr. 1. Dasselbe findet sich auch im alt. Culm. Rechte 3, 94.

665) Sächs. Weichb. Art. 76. Verm. Sachsensp. VI, 5, 1.

666) Sächs. Landr. B. 2, Art. 17, §. 2. S. auch sächs. Weichb. Art. 76 und verm. Sachsensp. VI, 5, 2.

dieses Recht scheinbar nichts Anderes, als das Recht eines jeden Vormundes, für seinen Mündel Eide zu leisten, angewendet auf Klagen gegen den Mündel um Ungericht. Wäre dies richtig, so würde es dann auch, da es nicht blos dem Vormunde, sondern auch dem Herrn zusteht, nicht als ein der Vormundschaft eigenthümliches Recht gelten können. Allein es ist dieses Recht von jenem Rechte des Vormundes in der That verschieden, wie sich daraus ergiebt, daß in allen vorher angeführten Fällen derjenige, welcher ausgenommen wird, an und für sich auch selbst zu schwören fähig sein würde, sowie daraus, daß der Vormund für seinen Mündel so oft schwören kann, als Gelegenheit dazu vorhanden ist, während das Recht des Ausnehmens höchstens dreimal und nach dem Sachsenspiegel selbst nur Einmal ausgeübt werden darf. Es fragt sich aber noch immer, ob man dennoch nicht auch dieses stärkere Recht jedem Vormunde überhaupt für den Fall beilegen müsse, wenn sein Mündel um Ungericht angeklagt ist, und wenn dies nicht zulässig sein sollte, welches der Grund davon sei. Zur Beantwortung dieser Frage untersucht Kraut die Natur jenes Rechtes des Ausnehmens genauer und betrachtet zu diesem Behufe das Verhältniß des Beklagten bei Klagen um Ungericht. In dieser Hinsicht kam es zunächst darauf an, ob der Verbrecher in handhafter That, d. h. bei der That selbst, oder auf der Flucht von derselben oder mit der Waffe, womit die That begangen war, in der Hand oder, wenn die geraubten oder gestohlenen Sachen in seiner Gewere waren, zu dieser den Schlüssel tragend ergriffen war oder nicht[667]). Im ersten Falle nämlich konnte er mit Gewalt vor Gericht gebracht werden und durfte, wenn das Urtheil nicht in derselben Gerichtssitzung gefällt wurde, sich nicht durch Stellung von Bürgen aus der Haft befreien[668]). Zu seiner Ueberführung hinsichtlich der That genügte, wenn der Kläger mit sechs Eideshelfern beschwor, daß er dieselbe begangen habe, und er war nicht, wie sonst in der Regel, berechtigt, die Anschuldigung durch seinen Eid abzulehnen[669]). Im zweiten Falle durfte der Kläger, wollte er nicht selbst als Friedensbrecher oder doch als Frevler behandelt werden, den Beklagten erst nach Anbringung der Klage vor Gericht und nachdem dieses demselben einen Termin, innerhalb dessen er sich stellen sollte, gesetzt hatte, arretiren, mußte ihn aber auch in diesem Falle gegen Bürgschaft, daß er vor Gericht erscheinen wolle, sofort wieder loslassen[670]). Dieser Zustand des Beklagten änderte sich aber dann, wenn er verfestet oder in die Acht gethan wurde, was, wenn die Klage noch an dem Tage der Verübung des Vergehens (ehe die That übernächtig geworden war) erhoben wurde, schon in der ersten Gerichtssitzung, sonst aber nach dreimaliger fruchtloser Ladung

---

667) Sächs. Landr. B. 2, Art. 35. Sächs. Weichb. Art. 90, 113.
668) Sächs. Landr. B. 2, Art. 9, §. 3.
669) Sächs. Weichb. Art. 76.
670) Sächs. Landr. B. 3, Art. 13. Schwabensp. 146. Weichb. Art. 40 vgl. mit Goslar. S. 48, Z. 13—16.

geschah, aber nur bei Klagen um Ungericht, welche zu Hals und Hand gingen, d. h. wegen Friedensbruchs geschehen durfte[671]). Die Verfestung hatte zur Folge, daß der Kläger nur den Beklagten, ohne einen Friedensbruch oder einen Frevel an demselben zu begehen, arretiren und vor Gericht bringen durfte[672]), daß der eingefangene und vor Gericht gebrachte Beklagte auch bei Ansetzung eines neuen Termines sich nicht durch Stellung von Bürgen von der Haft befreien konnte[673]), daß er sich nicht mehr durch Eid von der Anschuldigung reinigen durfte[674]), daß, wenn der Kläger ihn der That und der Verfestung überführte, es ihm, die Verfestung mochte um welches Ungerichts willen geschehen sein, immer an das Leben ging[675]), und endlich, daß er nach Jahr und Tag in die Oberacht verfiel[676]). Von der Verfestung und daher auch von den Nachtheilen derselben konnte der Beklagte aber sich dadurch befreien „sich aus der Verfestung ziehen", daß er vor Ablauf von Jahr und Tag freiwillig vor Gericht erschien, schwur, daß er jetzt zu Recht stehen wolle und Sicherheit stellte, daß er in den drei nächsten Gerichtstagen erscheinen und dem Kläger antworten wolle[677]). In besonderer Berücksichtigung der Redensart „sich aus der Verfestung ziehen", könnte man unter dem Ausziehen von Seiten eines Anderen verstehen wollen, daß dieser den Verfesteten durch seinen Eid von der Verfestung befreite. Allein in diesem Falle würde der Eid, wie Kraut bemerkt, nicht darauf gehen können, daß der Angeklagte der That unschuldig sei, sondern der Ausziehende hätte schwören müssen, den Angeklagten auf jedesmaliges Verlangen vor Gericht zu stellen. Vielmehr ist mit Kraut gerade wegen jenes Inhaltes des Eides dem Ausziehen die Wirkung der gänzlichen Befreiung von der Anschuldigung, nicht blos von der Verfestung, beizulegen. Der Einwand, wozu das Ausziehen durch einen Anderen hat dienen sollen, da der Angeklagte, wenn er wirklich unschuldig war, sich doch selbst losschwören konnte und für den entgegengesetzten Fall doch einem Dritten unmöglich das Recht gegeben werden konnte, dessen Unschuld zu beschwören, indem dieser dann wissentlich oder unwissentlich falsch geschworen haben würde, wird durch die Erwägung beseitigt, daß der Angeschuldigte in manchen Fällen sich nicht von der Anklage eidlich reinigen durfte, ohne daß er deshalb nothwendig schuldig zu sein brauchte,

---

671) Sächs. Landr. B. 1, Art. 67, 68, §. 1, 2, 4. Art. 70, §. 3. B. 2, Art. 45. Richtst. Landr. Cap. 33. Goslar. Stat. S. 56, Z. 35 flg. S. 57, Z. 1 flg. Schwabensp. 93, 3 u. 101, 1.

672) Goslar. Stat. a. a. O. u. S. 59, Z. 1—3. Verm. Sachsensp. III, 19, 6 Richtst. Landr. a. a. O. Kl. Kaiserr. 1, 30.

673) Sächs. Landr. B. 2, Art. 9, §. 3.

674) Sächs. Landr. B. 1, Art. 66, §. 2.

675) Sächs. Landr. B. 1, Art. 68, §. 5.

676) Sächs. Landr. B. 3, Art. 34, §. 3. Richtst. Landr. Cap. 33.

677) Sächs. Landr. B. 1, Art. 68, §. 5. B. 2, Art. 4, §. 1. B. 3, Art. 17. Richtst. Landr. Cap. 34. Goslar. Stat. S. 57, Z. 32—36. Schwabensp. 101, 5, 102, 156.

nämlich wenn er in handhafter That oder während der Dauer der Verfestung ergriffen und vor Gericht gebracht war. In diesen Fällen war daher das Recht des Ausziehens wohl am wichtigsten und wurde wohl auch hier am gewöhnlichsten ausgeübt. — Was die Frage anlangt, ob nicht jedem Vormunde überhaupt das Recht zustand, auf die angegebene Weise seinen wegen Ungerichtes angeklagten Mündel auszunehmen, so ist für die Zeit der Rechtsbücher diese Frage wohl zu verneinen, da sonst kaum erklärlich wäre, warum nirgends des Vormundes überhaupt dabei Erwähnung geschieht, sondern immer nur einzelne Arten von Vormündern allein genannt werden. Hinsichtlich des Grundes davon stellt selbst Kraut nur Vermuthungen auf. Am leichtesten ist der Grund bei Vormündern von Kindern unter 12 Jahren und von Wahnsinnigen anzugeben; denn beide Arten von Unmündigen konnten nicht peinlich bestraft werden; das Ausnehmen scheint aber besonders die Befreiung von der peinlichen Strafe bezweckt zu haben. Es bleiben demnach, da die Töchter, welche noch in des Vaters Brode waren, gewiß ebensowohl wie die Söhne von ihm ausgenommen werden konnten und bei Ehefrauen dies durch ihre Ehemänner geschah, von den regelmäßig unter Vormundschaft stehenden Personen nur volljährige unverheurathete und nicht im Brode ihres Vaters stehende Frauenspersonen übrig, hinsichtlich deren der Grund, warum sie durch ihren Vormund nicht ausgenommen werden konnten, noch anzugeben ist. Dieser scheint darin zu bestehen, daß alle übrigen Personen, denen das Ausnehmen gemeinsam war, sich in den Geweren dessen, welcher sie auszunehmen berechtigt ist, aufhalten, während dies bei Frauenspersonen der bezeichneten Art zur Zeit der Rechtsbücher nicht mehr der Fall war. Derjenige, in dessen Geweren sich Jemand befindet, hat aber offenbar ein selbständiges Interesse dabei, daß dieser, wenn er von dessen Unschuld überzeugt ist, nicht durch Erleidung der Strafe oder dadurch, daß er in die Verfestung geräth[678]), seinen Geweren entzogen wird, während bei Personen, welche sich nicht in den Geweren eines Anderen aufhalten, offenbar ein solches Interesse eines Dritten an ihrer Unschuld gar nicht denkbar ist. Hiernach wird es sehr wahrscheinlich, daß in der älteren Zeit, so lange jeder Mündel sich noch in den Geweren seines Vormundes aufhielt, das Recht des Ausnehmens bei allen Arten der Familienvormundschaft vorkam. — Alles was mit dem Vormunde in Streitsachen des Mündels abgemacht worden war, sei es nun durch ein richterliches Urtheil oder durch einen Vergleich, konnte der Mündel nicht weiter anfechten[679]). Die in der Note angeführte Stelle des Hamburger Stadtrechtes spricht zwar nur von dem Vormunde von Gerichtswegen; es läßt sich aber

---

678) Denn ein Verfesteter durfte auch von dem, in dessen Gewere er sich bis dahin befunden hatte, in der Regel nicht länger beherbergt werden. Verm. Sachsensp. III, 19, 16. Sächs. Distinct. VI, 22, 11 u. 12. Siehe auch Goslar. Stat. S. 60, Z. 12—24.

679) Hamburg. Stat. v. 1270 V, 3.

nicht einsehen, warum dasselbe nicht ebensogut von jedem anderen Vormunde gelten sollte. Es wurde aber dabei vorausgesetzt, daß dem Mündel sein Gut nicht wegen eines Versehens oder einer Nachlässigkeit des Vormundes abgesprochen war[680]). Wenn ein unter Vormundschaft Stehender, sei es ein Unmündiger oder einer, welcher sich freiwillig unter dieselbe gestellt hatte, ohne seinen Vormund klagend vor Gericht erschien, so wurde ihm eine Frist bis zum nächsten Gerichtstage verstattet, um an diesem seinen Vormund zu stellen[681]). Brachte er auch an diesem seinen Vormund nicht mit, so wurde er mit seiner Klage und seinen Einwendungen nicht weiter gehört[682]). Ein besonderes Verfahren mußte der Richter nach longobard. Rechte beobachten, wenn ein unmündiges Kind belangt wurde[683]). In der in der Note angeführten Stelle ist von einem bestimmten Vormunde des Kindes, welcher dasselbe verträte, gar nicht die Rede, sondern mehr von einem Familienrathe, mit welchem der Richter gemeinschaftlich das Beste des Kindes zu berathen hat. Dies erklärt sich nach der Bemerkung von Kraut daraus, daß im longobard. Rechte überhaupt die Vormundschaft über unmündige Kinder kein ausgebildetes Institut ist, wie sich aus dem ganzen Inhalte der Lex Longobardorum, insbesondre aber B. 2, Tit. 29: de prohibita alienatione minorum ergiebt.

8) Erbrecht des Vormundes an dem Vermögen des Mündels. Wenn schon nach dem früher in der Einleitung (s. unter 1.) Bemerkten die Darstellung der Wirkungen der Vormundschaft auf das Vermögen des Mündels zweckmäßiger bei den einzelnen Arten der Vormundschaft erfolgt, so ist doch hier schon Eine jener Wirkungen, weil sie als eine allgemeine Folge jeder Vormundschaft überhaupt, aber freilich nur bei den Longobarden, erscheint, zu erwähnen. Dies ist nämlich das Erbrecht, welches der Vormund vermöge der Vormundschaft an dem Vermögen des Mündels hat[684]). Später erhielt sich dieses Recht nur bei dem Vater, dem Ehemanne und dessen Schwerdtmagen, wenn sie nach dessen Tode die Vormundschaft über die Witwe führten, in seinem ursprünglichen Umfange. Die übrigen Vormünder hingegen

---

680) Rig. Riderr. 49: „Ein vormünder er mach noch frouwen noch kinder gudt vor gerichte vorspreken, noch vorsümen." Das Wort: vorspreken bedeutet hier nach dem ganzen Zusammenhange: dadurch, daß man sich vor Gericht verspricht, verlieren. Versprach sich nämlich eine Partei vor Gericht, so konnte dies schlechterdings nicht verbessert werden und sie wurde daher deshalb unter Umständen sachfällig. Sächs. Distinct. IV, 13, 19. S. auch sächs. Landr. B. 1, Art. 60, §. 1. Schwabensp. 88, 9—11. Vgl. Nietzsche, Comm. de prolocutoribus (Lips. 1831.) p. 1—7.

681) Sächs. Landr. B. 1, Art. 42, §. 1.

682) Schwabensp. (Schilter) 241, 6 (bei Senckenberg hinter 366). Vgl. ebd. 313, 4.

683) Dieses Verfahren wird beschrieben in den LL. Liutpr. 74. (6. 21.)

684) Vgl. Edict. Rothar. 188. LL. Liutpr. 145. (6. 92.) u. 100. (6. 47.) Gloss. Veronens. ad Edict. Rothar. 153. (Walther, C. I. G. 1. 704.) Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 391.

erhielten nur einen gewissen Theil aus dem Vermögen ihres Mündels, und dieser Erbtheil hieß, weil die Vormundschaft dazu berechtigte, mundium 685). In den übrigen Volksrechten findet sich keine Spur davon, daß die Vormundschaft überhaupt ein Erbrecht an dem Vermögen des Mündels gegeben hätte.

B. Von den einzelnen Arten der Vormundschaft nach älterem teutschen Rechte.

AA. Vormundschaft über Minderjährige. 1) Einfluß der Vormundschaft auf die persönlichen Verhältnisse der Minderjährigen. Hier ist Bezug auf das zu nehmen, was bereits früher darüber erwähnt worden ist. Wir fassen dies nochmals kurz zusammen. Der nächste Beruf des Vormundes bestand darin, daß er seinen Mündel in der Fehde und vor Gericht vertrat. Hiermit im Zusammenhange stand das Recht, die an dem Mündel verwirkte Composition einzufordern. Ferner ist erwähnt worden, wie es rücksichtlich der Bezahlung der durch den Mündel verwirkten Bußen stehe; auch ist von der Form, worin jene Vertretung vor Gericht geschah, die Rede gewesen. Der Vormund hatte den Mündel zu erziehen und nach dem sächsischen Rechte hing es, selbst wenn dessen Mutter noch lebte, von dessen Belieben ab, ob er ihr die Erziehung ihres Kindes überlassen wollte oder nicht. Ebenso ist ausführlich erörtert worden, daß der Vormund ein wahres Strafrecht über den Mündel auszuüben hatte, daß er auch die Vormundschaft an Andere abtreten durfte, endlich daß der Mündel ohne seine Einwilligung sich nicht verloben und verheurathen konnte.

2) Fähigkeit des Vormundes, über das Vermögen des Mündels zu verfügen. Bei Bestimmung der Wirkungen, welche die Vormundschaft auf das Vermögen unmündiger Kinder äußert, ist von der Fähigkeit des Vormundes, über dasselbe zu verfügen, auszugehen, weil dies Gelegenheit zur ausführlichen Erörterung einer allgemeinen Wirkung der Minderjährigkeit, welche zum Verständniß des Folgenden nothwendig ist, giebt. Diese Wirkung ist folgende: ein unmündiges Kind kann weder durch seine eigenen Handlungen oder Unterlassungen, soweit erstere nicht in Delicten bestehen, sich in der Art schaden oder verpflichten, noch auch durch die Handlungen oder Unterlassungen Anderer, auch nicht die seines Vaters oder Vormundes, in der Art in Schaden gebracht oder verpflichtet werden, daß es nicht in seiner Macht stände, alle solche Handlungen nach erreichter Mündigkeit, aber auch nicht früher, binnen Jahr und Tag zu widerrufen und alles Unterlassene binnen gleicher Frist nachzu-

685) LL. Liutpr. 14. (2. 8.)

holen. Eine Folge hiervon ist, daß jene Handlungen nicht schlechterdings nichtig, sondern vielmehr bis zu dem Augenblicke des Widerrufes giltig und verbindlich sind, und dies auch bleiben, wenn sie nicht binnen der erwähnten Frist widerrufen werden. Das Recht des Widerrufes ist hiernach offenbar ganz an die Person des Kindes gebunden; es kann daher, wenn das Kind selbst jenes Recht nicht ausübt und so lange es dasselbe nicht ausgeübt hat, Dritten durchaus nicht die Befugniß zustehen, sie als ungiltig zu behandeln. Daraus ergiebt sich, daß, wenn das Kind während der Unmündigkeit, also eher als es widerrufen konnte, stirbt, jene Handlungen als giltig bestehen bleiben. Damit sie aber diese relative Giltigkeit haben, ist deren Vornahme in der gehörigen Form erforderlich. Diese Form besteht bald darin, daß der Mündel in Uebereinstimmung mit seinem Vormunde handelt, bald aber auch schon darin, daß der Vormund allein die Handlung vornimmt, bald endlich darin, daß der Vormund andere Blutsverwandte des Mündels dabei zuzieht. Der vorher angeführte Satz ist in manchen Stellen in seiner Allgemeinheit ausgesprochen[686]. Außerdem findet sich dieser Satz aber auch in den mannigfachsten Anwendungen in den teutschen Rechtsquellen und es stimmen die Rechtsquellen sämmtlicher teutscher Stämme von der ältesten Zeit an bis tief in das Mittelalter hinunter in diesem Stücke mit einander überein. Was zunächst die Handlungen anlangt, welche zunächst blos die rein persönlichen Verhältnisse des Mündels betreffen, so werden davon in den Rechtsquellen besonders erwähnt die Verlobung eines unmündigen Kindes und der Fall, wo ein solches in das Kloster gegeben wird, und in beiden Fällen wird dem Kinde ausdrücklich binnen der angegebenen Frist das Recht des Widerrufes beigelegt. Zur relativen Giltigkeit der Verlobung oder Uebergabe des Kindes in das Kloster war es nöthig, daß der Vormund dabei ursprünglich immer andere Verwandte des Mündels und später die Obrigkeit als Obervormundschaft zuzog. Im Unterlassungsfalle trat absolute Nichtigkeit ein, so daß es nun keines Widerrufes bedurfte. Später trat auch hierbei die Obrigkeit als Obervormundschaft an die Stelle der Verwandten ein[687]. Daß ein Kind auch während seiner Unmündigkeit vorgenommene Verfügungen über die Substanz seines Vermögens, sie mochten nun von ihm selbst oder von Anderen ausgegangen sein, nach erlangter Mündigkeit binnen einer gewissen Frist frei widerrufen und die veräußerte Sache bei jeder-

686) Freiburg. Stat. v. 1120 §. 33. Kl. Kaiserr. 2, 17. Vet. auct. de benef. I. 68. Coutumes de Limbourg. art. 102. bei Christyn p. 1382.

687) Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176. Saarbrück. Landr. v. 1321 Cap. 7, §. 9. Daß auch bei Beobachtung dieser Form das Kind binnen der erwähnten Frist das Recht des Widerrufes hatte, spricht theils das kanonische Recht aus, welches nur bei dem Verlöbniß eine Ausnahme davon macht, wenn schon während der Unmündigkeit die fleischliche Vermischung erfolgt ist (cap. 6—14. X. II. 4. can. 2. C. 20. qu. 1. cap. 8. 11. 12. 24. X. III. 31.), theils ist es in teutschen Rechtsquellen ausgesprochen. Vgl. Saarbrück. Landr. a. a. O. Sächs. Landr. B. 1, Art. 25, §. 2. Schwabensp. 27, 3. 1—4.

mann vindiciren konnte, ist in vielen Rechtsquellen ausgesprochen. Unter den älteren drückt sich das burgund. Recht darüber aus[688]). Es könnte zwar nach den in der Note angeführten Stellen desselben scheinen, als könne das Kind nur nicht für sich allein und ebensowenig der Vormund für sich allein veräußern, ohne daß darum eine von beiden im Einverständnisse mit einander vorgenommene Veräußerung für widerruflich erklärt sei. Allein bei dem Zusammenhalte beider Stellen ist wohl nicht zu bezweifeln, daß, wenn eine Veräußerung der letzteren Art bei den Burgundern unwiderruflich gewesen wäre, sie sich nicht so allgemein hätten ausdrücken können, ohne hierauf wenigstens das eine oder das andere Mal ausdrücklich aufmerksam zu machen. Sollten über das Dasein des aufgestellten Satzes im teutschen Rechte nach diesen Stellen sowie auch nach anderen älteren Rechtsquellen[689]) Zweifel übrig bleiben, so müssen dieselben verschwinden, da er in einer großen Anzahl der Rechtsquellen aus der mittleren Zeit deutlich ausgesprochen ist[690]). Dasselbe, was von Veräußerungen lebloser Vermögensstücke, gilt auch von Freilassungen der Unfreien eines unmündigen Kindes, weil auch diese zu seinem Vermögen gehören[691]). Jene Widerruflichkeit galt so unbedingt, daß selbst dann keine Ausnahme eintrat, wenn die veräußerte Sache vorher dem Kinde unter der ausdrücklichen Bedingung übertragen war, daß es dieselbe weiter an einen Anderen veräußere. Nur kann der Uebertragende, wenn das Kind entweder jene Bedingung nicht erfüllt oder, zu seinen Jahren gekommen, die Veräußerung widerruft, die Sache zurückfordern[692]). Auch die lehnsherrliche Einwilligung, mit welcher der Vormund ein Lehn des Kindes veräußert hat, entzieht diesem das Recht des Widerrufes nicht[693]). Auch dadurch wird die Widerruflichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Gegner die Sache während der Unmündigkeit des Kindes so lange besessen hat, daß er zu derselben in das Verhältniß der rechten Gewere gekommen ist; denn die Gewere des Kindes geht stets jeder anderen vor[694]). Durch das Obige wird erklärlich, wie es so häufig geschieht, daß bei Veräußerung von Sachen eines unmündigen Kindes der Veräußerer oder ein Anderer sich dafür verbürgt, das Kind nach erreichter Mündigkeit zur förmlichen Anerkennung der Veräußerung vermögen zu wollen. Es giebt zahlreiche Urkunden, in welchen solche Bürgschaftsleistungen vorkommen. Ebenso

---

688) L. Burgund. 87. u. 85. 3.

689) LL. Liutpr. 41. (19.) 6. 5. (58.) u. 6. 45. (98.)

690) Namentlich gehört hierher: Rigisch. Riderr. Cap. 50. Unter den Stadtrechten sind in dieser Beziehung besonders wichtig, die Augsburg. Stat. v. 1276 S. 86. Dieselben bei Walch Bd. 4, S. 241, Art. 20. Freiheitsbr. für Saarbrücken v. 1321 bei Grimm, Weisthümer 2, 7.

691) L. Burgund. 87. Schwabensp. 58, Z. 5 flg.

692) Sächs. Lehnr. Cap. 26, §. 10.

693) Schwäb. Lehnr. Laßb. 52, (28, 2.)

694) Sächs. Lehnr. 26, §. 9, mit einigen Abänderungen auch im schwäb. Lehnr. (Laßb.) 52, (28).

finden sich Urkunden, in welchen mündig gewordene Kinder die während ihrer Unmündigkeit vorgenommenen Veräußerungen ihrer Güter ausdrücklich anerkennen. — Ebensowenig wie Jemand an die während seiner Unmündigkeit geschehene Veräußerung seiner eigenen Sachen gebunden war, brauchte er diejenigen Veräußerungen anzuerkennen, welche Andere mit zwar ihnen selbst gehörigen Sachen, worauf ihm aber als nächstem Erben oder sonst ein Anspruch zustand, während seiner Unmündigkeit vorgenommen hatten, auch nicht wenn er selbst oder Jemand in seinem Namen in die Veräußerung gewilligt haben sollte[695]). Daher pflegten auch bei Veräußerungen solcher Sachen, worauf Unmündige als nächste Erben einen Anspruch hatten, der Verkäufer, ihr Vormund oder ein Anderer entweder sich zu verbürgen, daß er ihre Einwilligung nach erreichter Mündigkeit erwirken oder für den Fall der Nichteinwilligung dem Erwerber das Interesse leisten werde oder auch wohl dem letzteren zur Sicherung dieser Zusage ein Pfand zu bestellen[696]). Auch in diesem Falle muß von dem Kinde das Recht des Widerrufes binnen Jahr und Tag ausgeübt werden. Mit dem Obigen hängt es zusammen, daß sich viele Urkunden vorfinden, in welchen mündig gewordene Personen zu den während ihrer Unmündigkeit vorgenommenen Veräußerungen solcher Güter, zu denen sie die nächsten Erben waren, nachträglich ihre Einwilligung ertheilen. Auch erklärt sich hieraus, warum bei Veräußerungen von Immobilien häufig der Mündigkeit der einwilligenden Erben Erwähnung geschieht. Endlich war Niemand zur Anerkennung eines während seiner Unmündigkeit von einem Anderen geschlossenen Vertrages oder Vergleiches, zu welchem es seiner Einwilligung bedurft hätte, genöthigt, auch dann nicht, wenn ein Dritter statt seiner eingewilligt hatte. — Eine Anwendung des fraglichen Grundsatzes liegt darin, daß nach einigen älteren Rechten bürgerliche Klagen überhaupt nicht gegen ein unmündiges Kind angestellt werden können (vgl. oben CC. unter 8.)[697]). Er zeigt sich ferner darin wirksam, daß, wenn da, wo dies zulässig ist, eine Klage gegen ein unmündiges Kind erhoben wird, der Vormund zwar dessen Vertheidigung übernehmen, doch, wenn er dieses unterläßt und der Kläger in das Gut des Kindes eingesetzt wird, dieses nach erlangter Mündigkeit den Proceß von Neuem beginnen kann[698]). Endlich spricht zwar eine verhältnißmäßig sehr späte Rechts-

695) Schwabensp. 24, Z. 5, 6, (304, 2).

696) Eine Reihe hierauf bezüglicher Urkunden führt an Kraut §. 43, N. 12, 13, Bd. 2, S. 13, 14.

697) Dies galt nicht nach allen älteren Rechten. Denn nach manchen konnten, wie man es später allgemein findet, auch Civilklagen gegen ein unmündiges Kind erhoben werden und der Vormund mußte es dabei vertreten. Siehe L. Burgund. 85. 5. L. Wisigoth. IV. 3. 3. Jener Satz galt vielleicht nur bei den Franken und auch bei ihnen wurde er schon frühzeitig modificirt. S. Capit. pro lege habenda a. 829. c. 4. (Pertz 3. 353.)

698) L. Wisigoth. IV. 3. 3. Glosse zum sächs. Weichb. Art. 26.

quelle [699]) den Satz aus, daß kein Urtheil das Kind bindet, dieweil es unter seinen Jahren ist, so daß hiernach, wenn der Vormund die Vertheidigung des Kindes übernommen hat und die Sache zu dessen Nachtheil entschieden ist, das gefällte Urtheil von diesem nach erlangter Mündigkeit noch immer angefochten werden kann. Allein gerade wegen der späten Zeit, in welche diese Rechtsquelle fällt, ist sie umsomehr beweisend. Denn allmälig vermehrte sich immer mehr die Zahl der Fälle, in welchen ein Kind das, was während seiner Unmündigkeit geschehen war, anerkennen mußte. Es muß daher der unter CC. sub 8. a. E. mit Rücksicht auf die Hamburg. Statuten von 1270 V, 5 aufgestellte Satz, daß Alles, was mit dem Vormunde in Streitsachen des Mündels abgemacht sei, von dem letzteren nicht weiter habe angefochten werden können, beschränkt werden und kann keinesfalls auf den Fall der Vertretung unmündiger Kinder durch den Vormund Anwendung leiden, wie denn in der That die Hamburg. Statuten a. a. O. von unmündigen Kindern gar nicht sprechen. — Die bisher dargestellten Grundsätze galten aber nach dem sächsischen Rechte nur in Bezug auf das Vermögen solcher Mündel, welche den ursprünglichen Mündigkeitstermin von 12 Jahren noch nicht erreicht hatten. Als später die Knaben bis zu dem zurückgelegten 21. Jahre noch einen Vormund haben konnten, behielt man doch in Bezug auf ihre Dispositionsfähigkeit anfangs noch den Grundsatz bei, daß sie mit dem erreichten Alter von 12 Jahren vollkommen dispositionsfähig seien. Dies ergiebt sich daraus, daß auch die sächsischen Rechtsquellen, welche zu einer Zeit abgefaßt sind, wo schon längst die Knaben bis zu ihrem 21. Jahre einen Vormund haben konnten, noch immer ganz allgemein den Grundsatz aussprechen, daß ein 12jähriger Knabe giltig sein Gut vergeben könne [700]). Es konnte demnach auch der Vormund eines zu seinen Jahren gekommenen Knaben mit dessen Einwilligung Veräußerungen vornehmen [701]). Seitdem aber die Knaben bis zum zurückgelegten 21. Jahre einen Vormund haben mußten, wurden sie bis dahin auch in Ansehung der Fähigkeit, ihr Vermögen zu veräußern, denjenigen, welche noch nicht zu ihren Jahren gekommen waren, ganz gleich behandelt. — Der Grundsatz, daß der Vormund das Gut seines Mündels nach älterem Rechte nur widerruflich veräußern konnte, bildete indessen wohl von jeher nur die Regel. Denn es finden sich schon seit den ältesten Zeiten Ausnahmen davon, welche man umsomehr als uralt betrachten kann, als auch hierin die Rechtsquellen aus den verschiedensten Gegenden und aus den verschiedensten Zeiten auf eine merkwürdige Weise übereinstimmen. Solche Ausnahmen sind: 1) wenn die Veräußerung nothwendig wird, um das

---

699) Glosse zum sächs. Lehnr. Cap. 26. (Augsburg. Ausg. v. 1516 Bl. 25, Col. 2.)

700) Alt. Culm. Recht 4, 3. Sächs. Distinct. VI, 12, 5.

701) Rigisch. Riderr. Cap. 50.

Leben des Kindes zu fristen[702]); 2) wenn die Veräußerung nöthig wird, um von den Eltern des Kindes hinterlassene Schulden zu bezahlen[703]) oder 3) um Schulden des Kindes selbst abzutragen[704]); 4) wenn ein Kind gemeinschaftlich mit Anderen etwas besitzt und eine Theilung verlangt wird[705]). Endlich wird 5) dem Vormunde die Veräußerung des Mündelgutes gestattet, wenn er sie vornimmt, um den Kaufpreis an anderem Gute zum Vortheile der Kinder anzulegen[706]), indem das erworbene Gut als ohne weiteres in die Stelle des veräußerten getreten angesehen wurde. Sowie in diesen ausgenommenen Fällen der Mündel die von dem Vormunde vorgenommene Veräußerung nach erlangter Mündigkeit nicht widerrufen konnte, so gab es auch einige Ausnahmsfälle, in welchen dem Mündel ein Widerruf der von ihm selbst während seiner Unmündigkeit vorgenommenen Handlungen nicht gestattet war. Hierzu gehört nach dem Sachsenspiegel der Fall, wenn unmündige Kinder als nächste Erben in die Bestellung einer Leibzucht für eine Frau eingewilligt haben[707]). Dem Schwabenspiegel ist diese Ausnahme unbekannt, indem derselbe in dem gleichen Falle hinsichtlich der Einwilligung der nächsten Erben voraussetzt, daß diese zu ihren Jahren gekommen sind[708]). Auch das spätere sächsische Recht erkennt diese Ausnahme nicht mehr an[709]). Bei der Bestellung des Leibgedinges am Lehen blieb auch schon das ältere sächsische Recht bei der allgemeinen Regel[710]). — Jene Unveräußerlichkeit des Vermögens unmündiger Kinder hörte später auf. Schon im Schwabenspiegel ist der Grundsatz aufgestellt, daß der Mündel mit Einwilligung seines Vormundes Veräußerungen jeder Art vornehmen könne[711]). Die in der Note angeführte Stelle scheint zwar auf den ersten Blick dem römischen Rechte entlehnt zu sein und allerdings hat wohl dem Verfasser eine Institutionenstelle (pr. Inst. I. 21.) dabei vorgeschwebt. Allein deshalb darf man noch nicht annehmen, daß dies nicht damals in den Gegenden, auf welche diese Rechtsquelle sich bezieht, geltendes Recht war, umsoweniger als auch schon früh in anderen Rechtsquellen derselbe Grundsatz ausgesprochen wird[712]). In den Gegenden sächsischen Rechtes findet sich der Grundsatz, daß ein unmündiges Kind mit Einwilligung des Vormundes sein Gut ver=

702) Rechtsquellen, welche diese Ausnahme enthalten, führt an Kraut Bd. 2, S. 19—21.

703) LL. Liutpr. 4. 1. (19.) Augsburg. Stat. v. 1276 S. 86. Saarbrück. Landr. v. 1321 Cap. 6, §. 8.

704) Augsburg. Stat. v. 1276 S. 87.

705) LL. Liutpr. 6. 20. (73.) Augsburg. Stat. bei Walch Bd. 4, S. 242. Saarbrück. Landr. v. 1321 Cap. 6, §. 4.

706) Augsburg. Stat. S. 87.

707) Sächs. Landr. B. 1, Art. 21, §. 1.

708) Schwabensp. (302, 1.) W. 20.

709) Rechtsb. nach Distinct. I, 13, 3.

710) Sächs. Lehnr. Cap. 31, §. 1.

711) Schwabensp. (319, 11 flg. W. 52, Z. 20—26.) Laßb. 60.

712) Saarbrück. Landr. v. 1321 Cap. 6, §. 7.

äußern könne, schon zu Anfang des 13. Jahrhunderts[713]). Zur Zeit der Abfassung des vermehrten Sachsenspiegels war dieser Grundsatz auch in Sachsen allgemein giltig, wie sich daraus ergiebt, daß er in demselben nicht nur ausgesprochen ist, sondern auch ausdrücklich hinzugefügt wird, daß dies Landrecht, Kaiserrecht und Weichbildrecht, d. h. allgemeines Recht in Sachsen sei[714]). Die Form einer solchen Veräußerung ist nach allen angeführten Stellen die, daß der Mündel selbst sie vornimmt und der Vormund nur seine Einwilligung dazu ertheilt und ihm Beistand dabei leistet. Es fragt sich aber, ob dies die einzig zulässige Form sei oder ob der Vormund auch ohne Zuziehung des Mündels veräußern könne. Daß nach manchen Rechten keine andere Form zulässig ist, ergiebt sich deutlich aus einer Stelle, nach welcher, selbst wenn der Mündel noch so jung oder unverständig ist, daß er die zur Vornahme der Veräußerung nöthigen Worte nicht selbst sprechen kann, der Vormund doch für ihn reden, aber die Uebergabe mittelst der Hand desselben vornehmen soll[715]). Nach dieser Stelle soll dies aber nur bei fahrender Habe gelten, woraus man schließen muß, daß bei der Auflassung von Grundstücken der Mündel auch immer selbst sprechen, und wenn er dazu nicht fähig war, die Auflassung ganz unterbleiben mußte. Dieser Grundsatz galt wohl in allen Gegenden schwäbischen Rechtes, da er sich auch in dem das Recht dieser Gegenden enthaltenden Rechtsbuche, dem sog. Schwabenspiegel, obschon nicht so deutlich ausgesprochen findet[716]). Anders verhielt es sich wohl in den Gegenden des sächsischen Rechtes. Daß auch hier die Veräußerung in jener Form geschehen konnte, erhellt deutlich aus den in den Noten 713 und 714 angeführten Stellen. Daß sie aber nothwendig war und nicht auch der Vormund für sich allein ohne Zuziehung des Mündels die Veräußerung vornehmen konnte, ist zu bezweifeln, da eine ganze Reihe von Stellen sächsischer Rechtsquellen von einer Veräußerung durch den Vormund spricht, ohne des Mündels dabei zu erwähnen[717]). Ganz allgemein war aber bei Veräußerung von Mündelgut, wenn es ein solches war, welches ohne Einwilligung der nächsten Erben nicht veräußert werden konnte, auch die

---

713) Privil. König Friedrich II. für Goslar v. 1219 bei Göschen S. 112, Z. 22—26.

714) Verm. Sachsensp. (Rechtsb. nach Distinct.) I, 44, 4, zum Theil entlehnt aus den Goslar. Statuten S. 26, Z. 30 flg.

715) Offn. v. Binzikoa v. 1435 bei Bluntschli, Zürich. Rechtsgeschichte I, 459.

716) Dies ergiebt sich aus einer Vergleichung der in der Note 711 angeführten Stelle des Schwabenspiegels mit dem schwäb. Lehnr. Laßb. 52 (28) und mit Schwabensp. 54, Z. 8 flg. (320, 7), indem auch hierin offenbar vorausgesetzt wird, daß eine giltige Veräußerung des Mündelgutes „mit des Kindes Hand" geschehen sein müsse.

717) Magdeburg. Schöffenurth. bei Böhme Th. 6, S. 105, Nr. 4 und S. 125, Nr. 6. Goslar. Stat. S. 18, Z. 11—23, 30 flg. S. auch Rechtsb. nach Distinct. I, 50, 4.

Einwilligung dieser erforderlich, es mochte nun der Mündel selbst mit Zustimmung des Vormundes oder der Vormund für sich allein die Veräußerung vornehmen[718]). Hieraus folgt, daß, wenn der Vormund selbst der einzige nächste Erbe zu dem Gute war, es nicht noch der Einwilligung anderer Verwandter zur Veräußerung bedurfte, wie dies in dem in der Note 717 angeführten Magdeburger Schöffenurtheile auch ausdrücklich gesagt wird. War aber der Vormund nicht selbst der alleinige nächste Erbe seines Mündels, so mußte er die Einwilligung der nächsten Erben des letzteren auch dann einholen, wenn er Erbgut veräußern wollte, um von dessen Vater hinterlassene Schulden zu bezahlen[719]). Die Frage, ob des Mündels Gut auch an den Vormund selbst veräußert werden konnte und in welcher Form dies geschehen mußte, wird in dem vermehrten Sachsenspiegel beantwortet[720]). Nach der in der Note angeführten Stelle desselben soll der Mündel mit Einwilligung seiner anderen Blutsfreunde giltig sein Erbgut an seinen Vormund veräußern können. Es fragt sich: welche Personen sind hier unter den anderen Blutsfreunden des Mündels zu verstehen, blos die nächsten Erben oder auch andere. Diese Frage wird besonders deshalb wichtig, weil, sofern es nur der Zuziehung der ersteren bedurfte, in dem Falle, wenn der Vormund selbst der einzige nächste Erbe seines Mündels wäre, dieser ohne Zuziehung Anderer an ihn giltig veräußern könnte. Daraus würde dann ferner auch folgen, daß die Güter, auf welche die nächsten Erben überhaupt kein unabänderliches Recht haben, jedes Mal von dem Mündel ohne weiteres an den Vormund giltig veräußert werden dürften. In Betracht, daß wegen des Einflusses des Vormundes auf den Mündel derselbe auf diese Weise die wichtigsten Vermögensstücke des letzteren leicht an sich bringen könnte, so könnte man mit Göschen[721]) diese Frage von vornherein verneinen wollen. Sie ist aber wohl vielmehr mit Kraut zu bejahen. Zuvörderst spricht dafür, daß, wenn es gleich in dem ersten Satze jener Stelle heißt, die Veräußerung sei nicht anders giltig, als wenn sie mit Einwilligung der übrigen Blutsverwandten des Kindes geschehen sei, doch in dem zweiten gesagt wird, daß, wenn der Vormund diese Form nicht beobachtet habe, er dadurch den Erben des Kindes verantwortlich werde, und man hieraus also schließen muß, daß unter jenen übrigen Blutsfreunden des Kindes auch keine anderen als dessen nächste Erben zu verstehen seien. Allein, wollte man auch annehmen, daß der Ausdruck Erben hier etwas ungenau auch für diejenigen Verwandten gebraucht sei, welche nach dem Vormunde die nächsten Erben des Kindes sind, so entscheidet doch ein anderer Grund gegen die Annahme der Nothwendigkeit der Zuziehung anderer Blutsfreunde.

718) Rechtsbücher nach Distinct. I, 44, 4. Goslar. Statuten S. 18, Z. 21—23.

719) Magdeburg. Fragen I, 8, 2.

720) Verm. Sachsensp. (B.) I, 43 pr.

721) Göschen, Goslar. Stat. S. 247 flg.

Dieser Grund besteht darin, daß es der Einwilligung der übrigen Blutsfreunde nur dann bedürfen soll, wenn das Kind Erbgut an seinen Vormund veräußern will. Denn wäre der Grund der Nothwendigkeit ihrer Zustimmung der, den Vormund zu verhindern, durch Ueberredung seines Mündels dessen Vermögen an sich zu bringen, so wäre nicht einzusehen, warum diese nicht ebensogut auch bei der Veräußerung anderer, bisweilen weit werthvollerer Vermögensstücke an den Vormund nöthig gewesen sein sollte. Da sie aber nur bei Erbgut einzuwilligen haben, so folgt daraus, daß der Grund davon nur in der Unveräußerlichkeit dieses Gutes ohne Zustimmung der nächsten Erben zu finden ist. — Den Erlös für das veräußerte Mündelgut muß der Vormund entweder zum Nutzen des Mündels verwenden oder für denselben sicher anlegen oder sonst aufbewahren. Im Unterlassungsfalle kann er nach Beendigung der Vormundschaft von seinem Mündel deshalb in Anspruch genommen werden[722]. Hieraus folgt, daß ihm Schenkungen nicht erlaubt sein konnten, wenn dies auch nirgends ausdrücklich gesagt wird. Dasselbe galt natürlich auch von den an den Vormund selbst geschehenen Veräußerungen. Unter diesen Umständen unterlag also die dem Vormunde gestattete Befugniß hinsichtlich der Veräußerung des Mündelgutes, wie er solche nach dem Vorhergehendem im späteren Mittelalter hatte, wenigem Bedenken. Spätere Statuten verpflichten sogar den Vormund, gewisse Gegenstände des Mündelvermögens zu Gelde zu machen (penninghen), ohne daß solche gerade solche sein müßten, welche leicht verderben[723].

3) **Verwaltung des Mündelgutes durch den Vormund.** Hier kommt es nach dem älteren teutschen Rechte besonders darauf an, ob die Mutter bei dem Tode des Vaters noch am Leben oder schon vor ihm gestorben ist. Ist sie nämlich noch am Leben, so hängt Alles von den Rechten ab, welche der überlebenden Ehefrau an dem unter dem Mundium des Mannes vereinigt gewesenen Gesammtgute zustehen. Behält sie vorläufig das ganze Vermögen in Verwaltung, so hat der Vormund mit dieser zunächst nichts zu thun[724]. Natürlich hat die Mutter in diesem Falle auch die Kosten der Erziehung des Kindes zu bestreiten. Der Wirkungskreis des Vormundes ist dann eigentlich nur auf die Vertretung des Mündels beschränkt, wozu auch eine Aufsichtsführung über denselben zu dem Zwecke gehört, daß er nicht in Schaden komme. Daher muß der Vormund auch darauf sehen, daß

722) Schwabensp. 54, Z. 8 (320, 7). Augsburg. Stat. v. 1276 S. 87 (bei Walch §. 239) und Zus. bei Walch S. 242. Goslar. Stat. S. 18, Z. 23—26 (Verm. Sachsensp. I, 43, 1) u. Z. 30 flg. S. 19, Z. 1—3.

723) Dies gilt z. B. nach den Goslar. Stat. S. 19, Z. 1—3, von Heergewette und Gerade, welche der Vormund bei Antritt der Vormundschaft vorfindet.

724) Auf diesen Fall bezieht sich wohl das sächs. Weichb. Art. 49: „Es ist auch offt einer der Kinder rechter Vormund, ein ander hat aber ihr Guth unter ihm."

die Mutter den Kindern den gehörigen Unterhalt giebt und deren Vermögen ohne sein Wissen und Willen nicht vermindert. Handelt sie dagegen, so kann er nöthigenfalls gerichtliche Hilfe gegen sie in Anspruch nehmen und nach einigen Statuten auch ihre Abtheilung mit den Kindern verlangen[725]). Lebt aber die Mutter nicht mehr, oder sie hat keinen Anspruch auf ungetrennte Verwaltung des in den Händen ihres Ehemannes befindlich gewesenen Vermögens, so geht die Verwaltung des Vermögens der Kinder auf den Vormund über, welcher dann es Jedermann abzufordern berechtigt ist[726]). Mit der Verwaltung des Mündelvermögens geht auf den Vormund die Pflicht über, den Mündel aus dessen Einkünften zu unterhalten[727]). Ob er aber den Mündel selbst erziehen oder die Erziehung einem Andern überlassen wollte, stand wohl in seiner Willkür. Nur war er auch hierbei ohne Zweifel der Aufsicht der übrigen Familie unterworfen. Ueber die Größe des zu reichenden Unterhaltes drücken sich einige Rechtsquellen nur ganz allgemein aus[728]); andere wollen hierbei auf die Größe des Vermögens und das Verhältniß der Person des Mündels Rücksicht genommen wissen[729]); noch andere geben genau an, der wievielste Theil des Vermögens von dem Vormunde zu diesem Zwecke verwendet werden soll[730]); nach einigen späteren Rechtsquellen endlich sollen der Stadtrath und die Erben des Mündels jedes Mal bestimmen, wie viel der Vormund für Kost und Kleidung desselben zu verausgaben habe[731]). Reichten die Einkünfte des Vermögens des Mündels zu dessen Unterhalte nicht hin, oder war gar kein Vermögen vorhanden, aus welchem derselbe bestritten werden konnte, so mußte der Vormund ohne Zweifel sich von jeher an den Familienrath wenden und mit diesem gemeinschaftlich beschließen, wie es mit der Ernährung des Mündels gehalten werden sollte. Denn er durfte ohne Zuziehung der nächsten Erben des Mündels, selbst nicht zur Bestreitung der Unterhaltskosten des Mündels, die Substanz des Mündelvermögens angreifen, und hatte der Mündel gar kein Vermögen, so lag wohl nicht dem Vormund allein, sondern der ganzen Familie die Verpflichtung zu dessen Unterhalte ob. Ausdrückliche Belege hierzu liefern freilich erst verhältnißmäßig spätere Rechtsquellen. Nach den Goslar. Statuten[732]) findet schon insofern eine Theilnahme der Obrig-

725) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 10 (bei Walch Bd. 1, S. 100). Nordhäus. Stat. v. 1350 B. 4, Art. 20a.

726) Magdeburg. Fragen I, 8, 5. Magdeburg. Recht v. 1304 Art. 134 (bei Gaupp S. 315). Von älteren Rechtsquellen vgl. L. Burgund. Tit. 59. Tit. 85. §. 2.

727) Brem. Stat. v. 1433 Stat. 15 (bei Oelrich's S. 456).

728) Goslar. Stat. S. 17, Z. 20. Verm. Sachsensp. (B.) I, 42, 4.

729) Z. B. Hamburg. Stat. v. 1497 D. 2.

730) Z. B. Hamburg. Stat. v. 1292 D. 2. Eine ähnliche Bestimmung darüber findet sich schon in der L. Wisigoth. IV. 3. 3.

731) Const. de tutor. der Stadt Hörter bei Wigand, Archiv I, 3, 38.

732) Goslar. Stat. S. 19, Z. 15—20.

keit dabei statt, als dem Stadtrathe von dem Beschlusse des Familienrathes Anzeige zu machen ist, wohl deshalb, um demselben die Ueberzeugung zu verschaffen, daß man nicht anders habe handeln können. Allein nach dem Rechtsbuche nach Distinctionen soll der Beschluß des Familienrathes schon von der obervormundschaftlichen Behörde selbst gefaßt werden[733]. Andere Rechtsquellen gehen noch weiter und gestatten dem Vormunde in einem solchen Falle blos mit dem Stadtrathe sich zu berathen[734]. Die umgekehrte Frage anlangend, wie es rücksichtlich dessen zu halten sei, was nach Bestreitung der Kosten des Unterhaltes und, wie sich von selbst versteht, der Kosten der Erhaltung des Vermögens, von den Einkünften des Mündelvermögens übrig bleibt, so sprechen die teutschen Rechtsquellen sich meistens nur dahin aus, daß der Vormund dies zum Nutzen des Mündels zu verwenden habe[735]. Das in den angeführten Rechtsquellen erwähnte „Kehren in den Nutzen der Kinder" heißt nicht blos, daß der Vormund davon etwas zum Nutzen der Kinder anschaffen müsse, sondern bedeutet auch das Ausleihen und Aufbewahren zum Vortheil des Mündels[736]. Die Art der Verwaltung anlangend, so muß der Vormund dabei selbstverständlich immer nach Kräften und bestem Wissen und Gewissen handeln, wie dies auch bisweilen in den Rechtsquellen ausdrücklich gesagt wird[737]. Hierzu gehörte wohl auch, daß er bei Anlegung von Mündelgeldern vorsichtig verfahren und für gehörige Sicherheit sorgen mußte. In Lübeck war die Anlegung der Mündelgelder in Grundstücken sehr gewöhnlich. Im Uebrigen scheint der Vormund ziemlich freie Hand gehabt zu haben; denn sonst wäre kaum erklärlich, warum die Rechtsquellen fast gar nichts über diesen Gegenstand enthalten. — Zu der dem Vormunde zukommenden Verwaltung gehört auch, daß er die dem Mündel zustehenden Rechte ausübt und die demselben obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt, vorausgesetzt jedoch, daß beide nicht so beschaffen sind, daß der Berechtigte oder Verpflichtete dabei nothwendig selbst handeln muß. Namentlich hat er die Forderungen des Mündels geltend zu machen und dessen Schulden zu bezahlen, ganz so, wie der Mündel, wenn er mündig gewesen wäre, dies selbst hätte thun können[738]. Ferner hat er die Gerechtsame des Mündels, welche dieser wegen seiner Unmündigkeit nicht

---

733) Rechtsb. nach Distinct. I, 50, 7. Eisenach. Stadtrechtsb. 2, 37.

734) Const. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 39.

735) 3. B. Lüb. Recht Cod. Uffenb. bei Hach Cod. II. 105. Nr. 9. Goslar. Stat. S. 17, 3. 19 flg. (vgl. Rechtsb. nach Distinct. I, 49, 6).

736) Rechtsb. nach Distinct. I, 49, 8. Const. de tutor. der Stadt Hörter bei Wigand, Archiv I, 3, 38. Nach letzterer war der Vormund auch in dieser Hinsicht an die Mitwirkung des Familienrathes und der obervormundschaftlichen Behörde gebunden.

737) Const. de tutor. der Stadt Hörter (Wigand, Archiv I, 3, 38 u. 39).

738) Magdeburg. Schöffenurth. bei Böhme 6, 131, Abs. 3, auch in den Magdeburg. Fragen I, 8, 1 und sächs. Distinct. I, 14, 9.

selbst ausüben kann, unter der erwähnten Voraussetzung anstatt und im Namen desselben geltend zu machen. So hat namentlich, wenn der Mündel Lehnsherr ist, nach schwäbischem Lehnrechte der Vormund in dessen Namen den Vasallen die Lehnserneuerung zu ertheilen[739]). Hingegen nach dem sächsischen Lehnrechte kann der unmündige Lehnsherr sie ohne Mitwirkung seines Vormundes selbst vornehmen[740]). Endlich mußte der Vormund die mit einem Gute des Mündels verknüpfte Gerichtsbarkeit anstatt desselben ausüben[741]). Unter den Verbindlichkeiten des Mündels, welche der Vormund statt desselben zu erfüllen hat, sind nicht blos die eigentlichen Schulden, sondern auch Verpflichtungen anderer Art begriffen. So muß z. B. nach dem früher Bemerkten, wenn der Mündel zu einer Vormundschaft berufen ist, der Vormund sie statt desselben führen.

4) Verpflichtung des Vormundes zur Sicherheitsleistung. Zuerst sprachen die teutschen Rechtsquellen der mittleren Zeit die Verpflichtung des Vormundes aus, bei dem Antritte der Vormundschaft Sicherheit zu bestellen (vorwissenen), daß er die Vormundschaft redlich führen werde[742]). Die Art dieser Sicherheitsleistung anlangend, so sprechen einige Rechtsquellen blos von Bürgen[743]); andere, und zwar die meisten, verlangen regelmäßig Sicherheitsleistung in Grundstücken[744]), und gestatten nur als Ausnahme, wenn der Vormund kein oder kein hinreichendes unbewegliches Vermögen besitzt, Bestallung von Bürgen[745]). Da aber die Verpflichtung aus der Bürgschaft nach teutschem Rechte regelmäßig nicht auf die Erben übergeht[746]) und daher die gewöhnliche Bürgschaftsbestallung bei einem, wie die Vormundschaft, eine ganze Reihe von Jahren dauernden Verhältniß sehr wenig Sicherheit gewährt, so sind, wie Kraut bemerkt, unter den Bürgen, welche die erstere Klasse von Rechtsquellen verlangt, wahrscheinlich nicht gewöhnliche Bürgen, sondern, wie die Glosse zum Art. 26 des sächs. Weichbildes sagt: „untödliche bürgen, das ist solche pfande, die

739) Schwäb. Lehnr. (Laßb.) 54 a. E. Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich in einer Menge Urkunden, welche sämmtlich dem südlichen Teutschland angehören. Beispiele führt an Kraut Bd. 2, S. 40, N. 19.

740) Sächs. Lehnr. Cap. 58, §. 1.

741) In Bezug auf die Lehnsgerichtsbarkeit sagt dies ausdrücklich eine Goslar. Rechtsweisung bei Förstemann, neue Mittheilungen B. 1, H. 3, S. 20, lit. d.

742) Nordhäus. Stat. v. ungef. 1300 §. 113 (Förstemann III, 1, S. 59), v. 1308 §. 115 (ebd. III, 2, S. 24). Goslar. Stat. S. 17, Z. 12 flg., 19 flg. Rechtsb. nach Distinct. I, 49, 6.

743) Sächs. Landr. Bd. 1, Art. 23, §. 2. Alt. Lüneb. Stat. bei Dreyer, Nebenst. 373, 25.

744) Hamburg. Stat. v. 1270 V, 2 (v. 1292 O. 2. Stad. Stat. v. 1279 IV, 2. Lüb. Recht C. Hach. III. 290). Magdeb. Recht v. 1304 Art. 134 (bei Gaupp S. 315).

745) Schöffenurth. bei Mühler, teutsche Rechtshandschr. S. 87. Nr. 35.

746) Vgl. Kraut, Grundr. z. Vorles. über das teutsche Privatr. §. 178.

unzergängliche sind", zu verstehen, so daß also diese Klasse von Rechtsquellen in der That mit der zweiten übereinstimmt. Die vom Vormund zu bestellende Sicherheit beschränkte sich aber nur auf die fahrende Habe des Mündels und erstreckte sich nicht auf Grundstücke; denn diese vergewisserten sich selbst, wie die deutschen Rechtsquellen es ausdrücken, d. h. sie waren schon nach ihrer Natur sicher genug [747]). — Die Frage anlangend, wem die Sicherheit zu leisten sei, so ist in dieser Hinsicht schon früher (s. allgem. Theil Abschn. 6) erwähnt worden, daß nach den älteren Rechtsquellen der Vormund nur den nächsten Erben des Mündels gegenüber die Verpflichtung zur Sicherheitsbestellung gehabt habe, daß etwas spätere Rechtsquellen aber die nächsten Verwandten des Mündels überhaupt berechtigten, Sicherheitsleistung von dem Vormunde zu verlangen, daß ferner schon in Statuten des 14. Jahrhunderts der Obrigkeit die Befugniß beigelegt werde, daß der Vormund dem Mündel und dessen rechten Erben Sicherheit leiste, und daß endlich die Reichspolizeiordnungen auch hier nur von der Obrigkeit allein sprechen, ohne einer Verpflichtung gegen die Blutsfreunde dabei zu gedenken. Diese allgemeinen Bemerkungen sind im Folgenden zu ergänzen, bezüglich zu modificiren. Zuvörderst nämlich ist der Unterschied zwischen dem älteren und späteren Rechte nicht allgemein darin zu setzen, daß nach jenem dem Vormunde nur den nächsten Erben des Mündels, nach diesem aber dessen nächsten Blutsfreunden überhaupt gegenüber die Pflicht zur Sicherheitsleistung obgelegen habe. Vielmehr läßt sich dies bestimmt nur vom sächsischen Rechte behaupten. Denn in nichtsächsischen Rechtsquellen wird schon früh auch anderen Verwandten, als den nächsten Erben des Mündels allein, das Recht beigelegt, von dem Vormunde Sicherheitsbestellung zu verlangen, ohne daß man Grund hätte, hierin neueres Recht zu finden. So räumen namentlich die friesischen Rechtsquellen jene Befugniß ausdrücklich bald den Verwandten von der väterlichen, bald denen von der mütterlichen Seite überhaupt ein [748]), und andere Rechte legen sie immer derjenigen Klasse von Verwandten bei, zu welcher der Vormund nicht gehört, so daß, wenn er ein Schwerdtmage ist, die Verwandten des Mündels von der mütterlichen Seite von ihm Sicherheitsleistung verlangen können und umgekehrt [749]). Eine andere, hiermit offenbar zusammenhängende wichtige Rechtsverschiedenheit ist noch besonders hervorzuheben, nämlich daß, wo nur die nächsten Erben des Mündels die Sicherheitsbestellung verlangen können, sie in der That zunächst nur zu ihrem Vortheil, nicht zu dem des Mündels gereicht, während da, wo der Vormund auch anderen Verwandten des Mündels Sicherheit bestellen muß, diese sie nur im Interesse des Mündels als

---

747) Magdeb. Recht v. 1304 Art. 134 (bei Gaupp S. 315). Vgl. Lüb. Recht Cod. Brok. II. 13. III. 43.

748) Vgl. die bei Kraut Bd. 2, S. 44, N. 7 angeführten Stellen.

749) Siehe z. B. Dortmund. Stat. aus dem 15. Jahrh. bei Meyer und Erhardt, Zeitschr. f. vaterl. Gesch. Bd. 3, S. 306, §. 119.

Beaufsichtiger des Vormundes verlangen. Das Erstere wird besonders dadurch deutlich, daß, wenn nur die nächsten Erben die Sicherheitsbestellung verlangen können, sie natürlich wegfällt, wenn der Vormund selbst der einzige nächste Erbe des Mündels ist[750]). Das Letztere hingegen folgt theils schon daraus, daß die übrigen Verwandten außer den nächsten Erben des Mündels durchaus kein eigenes Vermögensinteresse bei der Sicherheitsleistung des Vormundes haben können, theils sagen auch manche hierher gehörige Rechtsquellen ausdrücklich, daß der Vormund dem Mündel die Sicherheit zu leisten habe[751]). Diese Verpflichtung lag übrigens allen Vormündern ob, sowohl den geborenen als den gekorenen[752]). Selbst der Vater, wenn er nach dem Tode seiner Frau, und die Mutter, wenn sie nach dem Tode ihres Mannes die Vormundschaft über die Kinder führten, unterlagen dieser Verpflichtung[753]). Jeder Vormund hatte aber nur dann Sicherheit zu bestellen, wenn er selbst das Vermögen seines Mündels verwaltete. Namentlich war er davon frei, wenn die Mutter noch lebte und das Vermögen der Kinder in Händen hatte. Nach einigen Statuten muß er aber in diesem Falle Sicherheitsbestellung von der Mutter dafür fordern, daß das Gut der Kinder in ihren Händen nicht verschlechtert werde[754]). Einige Statuten kennen zwar die Verpflichtung des Vormundes zur Sicherheitsbestellung, aber nicht als Regel, sondern nur als Ausnahme, wenn nach der Ansicht der Verwandten des Mündels der Vormund kein sicherer und zuverlässiger Mann ist; sie haben in diesem Falle die Wahl, ob sie Sicherheitsleistung von ihm verlangen oder sofort die Vormundschaft einem Andern übertragen wollen[755]). Aber nicht blos bei dem Anfange der Vormundschaft kann dem Vormunde Sicherheitsbestellung abgefordert werden, sondern, wenigstens nach dem sächsischen Rechte, auch während ihrer Dauer, wenn nämlich Verdacht entsteht, daß er mit dem Vermögen seines Mündels übel wirthschafte. Als berechtigt, diese Sicherheitsleistung von ihm zu verlangen, erscheinen bald die Erben des Mündels[756]) oder überhaupt dessen Verwandte, bald der Stadtrath[757]).

---

750) Das wird ausdrücklich gesagt in den sächs. Distinct. bei Pölmann I, 14, 4. (Magdeb. Fragen I, 8, 8.) Vgl. sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 2. Sächs. Distinct. bei Pölmann I, 14, 20. Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 159, Nr. 1.

751) S. Goslar. Stat. S. 17, Z. 19. Rechtsb. nach Distinct. I, 49. 6.

752) Const. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 38.

753) Schwerin. Recht v. 1222 §. 20 (bei Westphalen I. 2007) in den späteren Schwerin. Rechten v. 1224 §. 20, v. 1235 §. 20, v. 1263 §. 21 wiederholt. Leobschütz. Stat. bei Böhme 2, 18, Tit.: Von vater und von muter.

754) Lüb. Recht Cod. Brok. III. 353, abgedruckt bei Hach II, 27, Nr. 8.

755) Augsburg. Stat. v. 1276 bei Freyberg S. 109. Alte Lüneburg. Stat. bei Dreyer §. 25.

756) Rechtsb. nach Distinct. I, 50, 3.

757) Goslar. Stat. S. 18, Z. 26—29.

Konnte er keine hinreichende Sicherheit bestellen, so war der nächste Schwerdtmage nach ihm berechtigt, sich der Vormundschaft zu unterwinden[758]).

5) Verpflichtung des Vormundes zur Rechnungsablegung und zur Errichtung eines Inventars. Da der Vormund bei Beendigung der Vormundschaft das Vermögen des Mündels entweder an diesen oder dessen nächste Erben herausgeben mußte, so hatte er, wenn es von ihm verlangt wurde, auch wohl von jeher die Verpflichtung, zu dieser Zeit Rechenschaft über seine Verwaltung abzulegen. Außerdem kennt das teutsche Recht aber auch eine Verpflichtung des Vormundes, von Zeit zu Zeit während der Dauer der Vormundschaft Rechnung abzulegen. Diese letztere Verpflichtung findet sich zuerst in den seit der Mitte des 13. Jahrhunderts abgefaßten Rechtsquellen[759]). Schon häufiger wird sie in den aus den ersten Jahrzehnten des 14. Jahrhunderts herrührenden Rechtsquellen erwähnt, und zu dieser Zeit ist auch wohl der Zusatz zum Sachsenspiegel (I. 23. §. 2.) entstanden, in welchem von der Rechnungsablegung des Vormundes die Rede ist. Diese Verpflichtung in ihrer ursprünglichen Gestalt ist nur von beschränktem Umfange. Zuvörderst ist nach der Art, wie die älteren sächsischen Rechtsquellen sich darüber ausdrücken, anzunehmen, daß nicht der Vormund eines noch nicht zu seinen Jahren gekommenen Kindes, sondern nur der eines bereits zu seinen Jahren gekommenen Jünglings, welcher sich noch, bis er zu seinen Tagen gekommen sein würde, unter Vormundschaft gestellt hatte, zur Rechnungslegung verbunden war. Dies ergiebt nämlich der erwähnte Zusatz zum Sachsenspiegel. Denn in demselben wird zu Anfang gesagt, daß, wenn gleich ein Kind nach Lehnrecht zu seinen Jahren gekommen (d. h. 12 Jahre alt geworden), es aber geistig oder körperlich noch nicht so ausgebildet sei, um seinen Angelegenheiten selbst vorstehen zu können, sein rechter Vormund (nach Landrecht) ihm auch rücksichtlich seines Lehngutes vorstehen und dem Lehnsherrn anstatt des Kindes dienen solle; und dann heißt es weiter: „Swer aber des kindes erbe ist, den sol des kindes vormunde bereden (al. bereken) von jare zu jare des kindes gute, unde en des gewis machen, daz erz in unphlicht nicht ver tu, sint daz kint zu sinne jaren komen ist." Das Wort „sint" bedeutet nun nicht so viel wie unser heutiges bis, mit welchem Worte es in der hochteutschen Uebersetzung des Sachsenspiegels wiedergegeben worden ist, sondern vielmehr so viel als seit, seitdem[760]), und in dieser Bedeutung giebt es einen weit

758) Rechtsb. nach Distinct. a. a. O.

759) Magdeburg.-Breslauer Recht v. 1261 §. 49. (Tzschoppe und Stenzel S. 357.) Schwabensp. Art. 55, Z. 14 f. (324, 8). Hamburg. Stat. v. 1292 O. II. (Andersen, Hamb. Privatr. I, 328.)

760) S. Homeyer, Register zum Sachsensp. u. d. W. Weiske, Wörterbuch im Anhange zu seiner Ausg. des Sachsensp. u. d. W. Leman, Wörterbuch zum alt. Culm. Rechte S. 330. Noch andere Auctoritäten führt an Kraut Bd. 2, S. 49, N. 2.

besseren Zusammenhang. Mag man nun diesen Satz blos auf das Verhältniß des Vormundes zum Lehngute des Mündels beziehen oder ihn ganz allgemein nehmen, immer beginnt hiernach die Verpflichtung des Vormundes zur Rechnungslegung erst mit der Zeit, wo der Mündel zu seinen Jahren gekommen ist. Hierzu paßt auch sehr gut, was die älteste Quelle, welche von der Rechnungslegung des Vormundes spricht, das Magdeburg-Breslauer Recht von 1261, darüber enthält[761]). Denn nach dem Zusammenhange, in welchem die letzten Worte der in der Note angeführten Stelle mit den vorhergehenden stehen, darf man dieselben ohne besonderen Grund nicht auf einen anderen Vormund beziehen, als auf einen vom Kinde nach zurückgelegtem 12. Jahre selbst gewählten. Diesem steht auch das Magdeburg-Görlitzer Recht von 1304 Art. 37 nicht entgegen. Denn wenn auch hier schon von einer Rechnungsablegung während der Zeit, wo die Kinder noch nicht zu ihren Jahren gekommen sind, die Rede ist, so wird doch nicht von der Verpflichtung des ordentlichen Vormundes dazu, sondern nur eines solchen, welcher statt seiner die Vormundschaft während der Zeit führt, wo er selbst dazu nicht im Stande ist, gesprochen. Man muß daher daraus schließen, daß der ordentliche Vormund, wenn er selbst die Vormundschaft verwaltete, keine Rechnung abzulegen hatte. Auch selbst nach späteren Rechtsquellen ist der ordentliche Vormund nicht dazu verbunden, sondern nur derjenige, welcher nach dessen Absetzung an seine Stelle tritt[762]). — Was die Frage betrifft, wer befugt sei, vom Vormunde Rechnungsablegung zu verlangen, so steht es damit ebenso, wie mit dem Rechte, Sicherheitsbestellung von ihm zu fordern. Es sind nämlich nach dem sächsischen Rechte dazu nur die nächsten Erben des Mündels berechtigt; der Vormund ist also frei von der Rechnungslegung, wenn er selbst der nächste Erbe des Mündels ist[763]), woraus man schließen muß, daß nach diesem Rechte die Rechnungslegung blos im Interesse der nächsten Erben des Mündels, nicht in dem des letzteren selbst geschah. Hingegen nach den übrigen Rechten hat der Vormund den nächsten Blutsfreunden des Mündels Rechnung abzulegen, auch dann, wenn er selbst der nächste Erbe des Mündels ist[764]). Diese Blutsfreunde waren ohne Zweifel nur männliche Mitglieder der Familie, da sie hier nur als Familienrath

761) Magdeburg.-Breslauer Recht v. 1261 §. 49. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 49 flg.

762) Braunschweig. Stat. bei Leibnitz III. 439. 47. S. Kraut Bd. 2, S. 51, N. 5.

763) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 2. Magdeburg. Schöffenurth. bei Böhme 6, 150, Abs. 2.

764) Schwabensp. 55, Z. 14, 15 (324, 8). Nach manchen Rechten ist immer zweien der nächsten Blutsfreunde des Mündels von der väterlichen, und zweien von der mütterlichen Seite Rechnung zu legen, z. B. Zus. z. Bremer Raths- und Bürgerschluß v. 1416 bei Oelrichs S. 84, Nr. 18. Bremer Stat. v. 1433 Stat. 17. (Oelrichs S. 457.) Const. de tutor. der Stadt Höxter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 38.

auftraten, welcher wohl nur aus solchen bestand. Damit steht eine andere Abweichung dieser Rechte von dem sächsischen in Zusammenhang, indem nach dem letzteren auch weibliche Mitglieder der Familie, wenn sie die nächsten Erben des Mündels waren, Rechnungslegung von dem Vormunde fordern durften[765]). Im späteren Mittelalter fand aber der erwähnte Grundsatz der übrigen Rechte auch in Ländern sächsischen Rechtes Anwendung[766]). Da das Recht, Sicherheitsbestellung von dem Vormunde zu verlangen, mit dem Rechte, Rechnungslegung von ihm zu fordern, immer Hand in Hand ging, so kann man daraus zugleich schließen, daß auch in jenen Ländern später den Verwandten des Mündels überhaupt, nicht mehr blos seinen nächsten Erben, dieses Recht zustand. Daß die Obrigkeit bei der Rechnungslegung des Vormundes allmälig eine Mitwirkung bekam und endlich die Familie des Mündels ganz von derselben ausschloß, ist bereits früher erwähnt worden (s. allg. Theil Abschn. 6). Die gänzlich unterlassene oder nicht gehörig bewirkte Rechnungslegung des Vormundes war, wenigstens nach manchen Rechten, ein Grund zu seiner Entfernung von der Vormundschaft[767]). Was die Zeit der Rechnungslegung betrifft, so muß solche nach den meisten der älteren Rechtsquellen jährlich geschehen[768]), nach einigen in jedem Jahre zwei Mal[769]); noch andere stellen es in das Belieben der Verwandten des Mündels, wie oft sie sich Rechnung ablegen lassen wollen[770]). — Von der Errichtung eines eigentlichen Inventars findet sich im teutschen Rechte keine Spur. Aus der Verpflichtung des Vormundes zur Sicherheitsbestellung wegen Zurückgabe des Mündelvermögens und zur Rechnungslegung über seine Verwaltung folgt aber nothwendig, daß gleich zu Anfange der Vormundschaft auf irgend eine Weise festgestellt werden mußte, was in seine Hände gekommen war. Auch bringt es die Stellung des Vormundes im älteren Rechte mit sich, daß die Verwandten des Mündels dies fordern konnten[771]).

6) Tutela usufructuaria. Da, wo die oben dargestellten Grundsätze über Verwendung der Früchte aus dem Vermögen des Mündels und über Rechnungslegung des Vormundes galten, konnte natür-

---

765) Z. B. die Mutter. Vgl. Magdeb. Fragen I, 8, 5. (Sächs. Distinct. bei Pölmann I, 14, 13.)

766) Vgl. Rechtsb. nach Distinct. I, 49, 6. Eisenach. Rechtsb. 2, 31.

767) Schwabensp. (Wackernagel) 55, S. 54, Z. 14, 15 (324, 8). Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176 (bei Walch Bd. 1, S. 58).

768) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 2. Schwabensp. a. a. O. Verm. Sachsensp. (Böhme) I, 42, 4. Hamburg. Stat. v. 1292 D. 2, v. 1497 D. 2.

769) Magdeb. Recht v. 1304 Art. 134 (bei Gaupp S. 315). Schöffenurth. bei Böhme Th. 6, S. 118, Nr. 2. Alt. Culm. Recht 4, 103. Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176 (Walch Bd. 1, S. 58).

770) Erfurt. Stat. v. 1306 §. 9.

771) Als ausdrückliche Zeugnisse dafür führt Kraut Bd. 2, S. 54 an: Brockmarbrief §. 91. Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176 (Walch Bd. 1, S. 58).

lich von einer sog. tutela usufructuaria, d. h. von dem Rechte des Vormundes, das Mündelvermögen für sich zu benutzen und Früchte davon zu ziehen, keine Rede sein. Da aber jene Grundsätze erst in späteren Rechtsquellen ausgesprochen sind, so fragt es sich, ob nicht in früherer Zeit eine solche tutela usufructuaria stattgefunden habe. Die älteren Juristen[772]) behaupten dies fast sämmtlich, während viele neuere Juristen seit Runde es wenigstens als allgemeinen Grundsatz leugnen und nur bei einigen Arten der Vormundschaft einen Anspruch des Vormundes auf die Früchte des Mündelvermögens annehmen[773]). Zunächst ist die Sache in Bezug auf die Altersvormundschaft zu erörtern. Das Material, was die deutschen Rechtsquellen für Beantwortung dieser Frage liefern, ist sehr unbestimmt und dürftig. Was zunächst die Quellen der älteren Zeit anlangt, so kommen hier blos das burgundische und das westgothische Volksrecht in Betracht. In dem burgundischen Rechte[774]) machen zuvörderst die Worte eius utilitate Schwierigkeit, welche jedoch durch die Erwägung wegfällt, daß selbst im classischen Latein utilitas nicht blos passiv den hervorgebrachten Nutzen, sondern auch activ das, was Nutzen schafft, bezeichnet. Der Sinn der in der Note angeführten Stelle würde daher sein: nach der Mutter Tode hat der nächste Schwerdtmage der Kinder als deren Vormund sich ihres Vermögens zu unterwinden mit der Bedingung, daß, sowie sein eigenes Vermögen zunimmt (proficit), so auch das seiner Mündel durch seine sorgfältige Verwaltung (eius utilitate) zunehme. Es bleibt aber völlig zweifelhaft, ob dies bedeutet, daß der Vormund das von den Früchten des Mündelvermögens Erübrigte immer wieder zu diesem schlagen muß, ohne es für sich behalten zu dürfen[775]), oder daß er nur die Substanz des Vermögens zu erhalten und sie im Allgemeinen soweit zu verbessern habe, wie er es mit dem seinigen zu thun pflegt. Die gebrauchten Ausdrücke lassen beide Erklärungen zu. Ebenso bleibt es, da die Lex

772) S. die Citate bei Kraut Bd. 2, S. 55, N. 1.

773) Daß die gewöhnliche Altersvormundschaft eine tutela usufructuaria gewesen sei, leugnet Runde, teutsches Privatr. §. 631. Eichhorn, teutsches Privatr. §. 318, N. f. 6. Ausg. Gerber, teutsches Privatr. §. 244, N. 16 (welche beide es mindestens für sehr zweifelhaft erklären), besonders Krug, de tutela usufructuaria jure Germanico communi reprobata. Lips. 1837. Dagegen will Beseler, System des teutschen Privatr. Bd. 2, S. 475, die tutela usufructuaria wenigstens nicht bei allen teutschen Stämmen anerkennen. Für die Annahme der tutela usufructuaria in der älteren Zeit erklären sich Phillips, teutsches Privatr. §. 154, Bd. 2, S. 235, 3. Aufl. Mittermaier, teutsches Privatr. §. 415, 6. Ausg. Maurenbrecher, teutsches Privatr. §. 457 und besonders Kraut Bd. 2, S. 54—85. Gar nicht erklären sich darüber Walter und Renaud in ihren Lehrbüchern des teutschen Privatrechts. Wir müssen uns für die Annahme der tutela usufructuaria erklären und der Deduction von Kraut anschließen.

774) L. Burgund. Tit. 85. §. 2: Quod si — mater non fuerit, proximus parens res minorum revocare debet ea conditione, ut qualiter sua facultas proficit, sic et res minorum eius utilitate proficiant.

775) Dies ist die Erklärung von Krug l. c. §. 14.

Burgundionum manches dem römischen Rechte entlehnt hat, ungewiß, ob die fragliche Stelle einen deutschen Rechtssatz oder nur die Wiederholung der Regel des römischen Rechtes, daß der Vormund diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, zu leisten habe, enthält. Auch das westgothische Recht[776]) stellt den zehnten Theil der Früchte des Vermögens des Mündels dem Vormunde zum Unterhalte zur Verfügung; ob zu seinem oder des Mündels Unterhalte, kann dahin gestellt bleiben; jedenfalls sollen aber die anderen neun Zehntheile der Früchte dem übrigen Vermögen der Unmündigen gleich behandelt werden, und der Vormund, wenn er sie verzehrt, verkauft u. s. w. zum Schadenersatz verbunden sein. Es hat also nach dem westgothischen Rechte der Vormund allerdings keinen Anspruch wenigstens auf die gesammten Früchte des Mündelvermögens. Daß dies aber schon früher bei den Westgothen gegolten habe, läßt sich daraus noch nicht schließen, da nicht nur überhaupt die Lex Wisigothorum viele Neuerungen enthält, sondern auch eine solche genaue Bestimmung über die Verwendung der Früchte eine Neuerung zu enthalten scheint. In Erwägung, daß in der Lex Wisigothorum sich das Streben zeigt, das westgothische Volksrecht mit dem römischen Rechte in Zusammenhang zu bringen, und daß nach dem römischen Rechte dem Pupillar alle Früchte seines Vermögens zukommen, kann man als Neuerung nicht die dem Vormunde gestattete Verfügung über einen Theil der Früchte betrachten, sondern die Beschränkung des Vormundes auf einen Theil der Früchte, während ihm früher alle Früchte des Mündelgutes zukamen. Hiernach bleibt es zweifelhaft, ob bei den Burgundern und Westgothen die Vormundschaft eine tutela fructuaria war oder nicht. Würde aber auch das Eine oder das Andere in dem burgundischen und westgothischen Volksrechte bestimmt ausgesprochen sein, so würde man doch bei den vielen Eigenthümlichkeiten derselben hieraus noch nicht auf das Recht der übrigen teutschen Stämme schließen dürfen, so daß also für die ältere Zeit die aufgeworfene Frage nicht quellenmäßig beantwortet werden kann. — Von den Rechtsquellen der mittleren Zeit kommt zuerst der Sachsenspiegel in Betracht[777]). In der in der Note angeführten Stelle haben statt „bederve" (Bedarf) andere Handschriften „nuzze", und ohne Zweifel ist jener Ausdruck damit gleichbedeutend zu nehmen, und es sind die Worte: „zu sinne bederve" auf den Mündel zu beziehen. Nun folgt freilich daraus, daß hier gesagt wird, der rechte oder Allodialvormund solle dem Lehngute seines lehnsmündigen Pfleglings zu dessen Nutzen vorstehen, allein noch nicht, daß die Früchte aus dem Lehen dem Mündel zu Gute kommen sollen,

776) L. Wisigoth. IV. 3. 3. Von dieser Stelle kommen besonders die Worte in Betracht: Cui tamen de fructibus ad victum praesumendi partem decimam non negamus: ut non haec, quae debet minoribus reservare, nimiis evertat expensis.

777) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 2: „Al si ein kint zu lenrechte zu sinen jaren komen, sin rechte vormunde sal ez doch an sime gute versten zu sime bederve, und sime herren in des kindes stat nach des kindes rechte dinen."

sondern sie könnten auch blos bedeuten, daß er für die Erhaltung der Substanz desselben zum Nutzen des Mündels sorgen solle. Da aber nach dem älteren Rechte während der Lehnsunmündigkeit des Vasallen die Früchte des Lehns immer dem Lehnsvormunde zukommen, und auch dieser für die Erhaltung der Substanz des Lehns zum Nutzen desselben Sorge zu tragen hat, so sollen die obigen Worte offenbar den Unterschied zwischen der Art, wie der Allodialvormund, und der, wie der Lehnsvormund dem Mündel vorzustehen hat, hervorheben, und dieser Unterschied kann blos darin bestehen, daß der erstere die Früchte des Lehns zum Vortheil seines Mündels zu ziehen hat, während sie dem letzteren selbst zukommen. Dieser Gegensatz wird noch dadurch deutlicher, daß hinzugefügt wird, der Allodialvormund solle dem Lehnsherrn in des Kindes Statt nach des Kindes Rechte dienen, während der Lehnsvormund ihm in eigenem Namen und nach eigenem Rechte dient. Es ist auch hier nicht von einem gewöhnlichen Vormunde, sondern nur von einem solchen die Rede, welchen ein zu seinen Jahren gekommener Knabe bis dahin, daß er zu seinen Tagen gekommen sein wird, angenommen hat, also von der Vormundschaft über eine Person, die einer solchen an sich nicht mehr bedurfte. Ein Vormund dieser Art konnte natürlich keinen Anspruch auf die Früchte des Mündelvermögens machen, wenn solche auch einem Vormunde über noch nicht zu ihren Jahren gekommene Kinder gebührt hätten. Dagegen kann man auch darin, daß hier blos von einem Vormunde der ersteren Art die Rede ist, nicht einen Beleg für den Fruchtgenuß des letzteren finden, weil der Vormund, welcher hier demjenigen, welchen das zu seinen Jahren gekommene Kind noch hat, entgegengesetzt wird, nicht der gewöhnliche Allodialvormund, sondern der Lehnsvormund ist. Auch nach der Stelle des Sachsenspiegels bleibt es also zweifelhaft, ob zu der Zeit ihrer Abfassung die gewöhnliche Allodialvormundschaft eine tutela fructuaria war oder nicht. Jedenfalls kann sie kein Zeugniß für das zur Zeit der Abfassung des Sachsenspiegels geltende Recht abgeben, da sie ein späterer, wahrscheinlich dem Anfange des 14. Jahrhunderts angehöriger Zusatz zu dem Grundtexte dieses Rechtsbuches ist. Ebensowenig können Stellen des Schwabenspiegels und des Kaiserrechts Aufschluß über den fraglichen Gegenstand geben [778]). Wichtiger für den vorliegenden Zweck sind die übrigen Rechtsquellen des Mittelalters, unter welchen vor allem die friesischen Rechtsquellen in Betracht kommen, indem sie sich so über den vorliegenden Gegenstand ausdrücken, daß man daraus schließen muß, daß nach ihnen die Altersvormundschaft eine tutela fructuaria war. Wir müssen jedoch hier auf die Ausführung von Kraut [779]) verweisen, der auch die Einwürfe der Gegner berücksichtigt und widerlegt. Wenn man auch nach dieser Ausführung annehmen muß, daß bei den Friesen

778) Schwabensp. 320, 6—8. Kl. Kaiserr. 2, 32.
779) Kraut Bd. 2, S. 60—64.

in der älteren Zeit die Altersvormundschaft eine tutela fructuaria war, so ist doch hieraus noch kein Schluß auf das Recht im übrigen Teutschland zulässig, da das friesische Recht unverkennbar viele Eigenthümlichkeiten hat. Die wirkliche Uebereinstimmung des Rechts im übrigen Teutschland mit dem friesischen hierin läßt sich aber aus einer Reihe von Rechtsquellen nachweisen. Zu diesen gehören namentlich die Glossen zu den Rechtsbüchern des Mittelalters. Am wichtigsten unter diesen ist die Glosse zum sächsischen Weichbild[780]. Der Sinn der hierher gehörigen Stelle ist folgender. Der Vormund soll gehörige Sicherheit wegen des Mündelgutes bestellen; denn dieses soll während der Dauer der Vormundschaft ebensowenig abnehmen, als es zu wachsen (zu gewinnen) braucht. Daß diese letzten Worte sagen sollen, der Vormund brauche die aus dem Mündelvermögen gezogenen Früchte nicht an diesen herauszugeben, zeigt der offenbar als Grund hiervon hinzugefügte Satz: „Und diß ist darumb, das der vormund des kindes gut ausgiebt auff sein ebentheur und nicht auff des kindes." Weshalb aber der Vormund des Kindes Gut auf seine Gefahr (ebentheur) ausgebe, davon wird der Grund darin gesetzt, daß er verpflichtet sei, das Kapitalvermögen des Kindes diesem unversehrt zu erhalten und dafür Sicherheit zu bestellen, es wäre denn erweislich ohne seine Verwahrlosung und Schuld untergegangen, und daß er darüber jährlich Rechenschaft abzulegen habe. Das bisher Bemerkte kann aber nur von beweglichen Sachen und überhaupt nur von solchen Gegenständen gelten, mit welchen ein Gewerbs- oder Handelsverkehr getrieben werden kann. Denn Immobilien kann ja überhaupt der Vormund ohne Einwilligung des Mündels, oft auch nicht ohne die der nächsten Erben desselben gültig veräußern, also auch nicht, wenn er Ersatz dafür leisten will. Daß dies der wahre Sinn jener Stelle sei, ergiebt sich aus dem Fortgange derselben, wo gesagt wird, der Vormund sei unmächtig, des Gutes der unmündigen Kinder Jemand zu verschreiben, zu verkaufen, zu verpfänden, zu versetzen, oder aus seiner Gewere auf irgend eine Weise zu lassen, ohne der nächsten Erben Willen und Urlaub. Dies würde offenbar mit dem Vorhergehenden in Widerspruch stehen, wenn man es nicht auf eine andere Klasse von Gütern des Mündels, nämlich auf die unbeweglichen, beziehen wollte. Hieraus folgt aber natürlich noch nicht, daß die Vormundschaft rücksichtlich des unbeweglichen Mündelvermögens keine tutela fructuaria war, sondern vielmehr das Gegentheil. Denn der einfache Grund davon, daß der Vormund mit den beweglichen Sachen des Mündels auch ohne dessen Einwilligung Verkehr treiben darf, mit den unbeweglichen aber nicht, liegt darin, daß er von den letzteren, auch wenn er sie in Händen behält, Früchte ziehen kann, während dies hinsichtlich der ersteren ohne Verausgabung oder Verbrauch derselben in der Regel nicht möglich ist. Die

780) Glosse zum sächs. Weichb. Art. 26. Die Stelle ist abgedruckt bei **Kraut** Bd. 2, S. 64 flg.

Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich auch aus dem weiteren Verlaufe der angeführten Stelle[781]). Der erste Theil der in der Note abgedruckten Stelle macht wenig Schwierigkeit und macht es unzweifelhaft, daß dem Vormunde auch die Früchte von den Immobilien des Mündels zukommen, und er dem letzteren dafür keinen Ersatz zu leisten braucht, wenn er sich nicht ausdrücklich dazu verpflichtet hat. Dies Letztere wird hier also offenbar nur als Ausnahme angeführt und trat wohl nur dann ein, wenn die Güter des Mündels sehr bedeutend und ertragreich waren und die übrigen Verwandten verlangten, daß der Vormund sich zu Bezahlung einer Vergütung für den Fruchtgenuß verpflichte. Selbstverständlich muß der Vormund, wenn er den Fruchtgenuß unentgeltlich hat, auch den Aufwand für die Gewinnung der Früchte aus seinem eigenen Vermögen tragen; man müßte es selbst dann annehmen, wenn es in dieser Stelle nicht ausdrücklich gesagt wäre. Nur kommt es in derselben in einen etwas schiefen Zusammenhang mit dem vorhergehenden Satze, daß, wer den Schaden zu tragen habe, auch den Nutzen verlangen könne, indem es hiernach scheint, als sei der Fruchtgenuß des Vormundes blos Folge davon, daß er den Aufwand für Gewinnung der Früchte auf des Mündels Gut macht und als komme ihm derselbe nicht schon auch ohnehin von Rechtswegen zu. Der Glossator kann daher auch mit dem Princip, aus welchem er den Fruchtgenuß des Vormundes ableitet, den Satz nicht vereinigen, daß, wenn die Vormundschaft vor St. Urbanstag sich endigt, der Vormund dem bestehenden Rechte nach die Früchte der Weinstöcke nicht erhält, während, wenn er den wahren Grund des Fruchtgenusses des Vormundes gekannt und diesen nicht aus jenem, dem römischen Rechte entlehnten Satze abgeleitet hätte, eine

---

781) Nachdem darin noch einmal der Satz: „Seit denn der vormunt des schadens warten ist, so hat er auch solchen frommen billich," wiederholt ist, fährt die Glosse so fort: „Ir solt wissen, were des unmündigen kindes gut an eigen, an erb, an eckern, an weingarten und an hoppengarten gelegen, die alle bawhafftig weren, und verlegt der vormund die güter fortan mit seinem eigen gelt, der vormund nimpt die frucht (aller pflege), ob er dem kind dafür zu geben nichts gelobet hett. — Wie er aber die güter empfing, als er sich der vormundschafft unterwand, in solcher weis sol er in die güter wider abtreten. Doch ists nicht eigentlich allenthalb also zu vernemen. Denn kompt das kind zu seinen jaren, also das sich die vormundschafft endet vor S. Urbans tag, so verlür der vormund sein arbeit, die er auff die weingarten gelegt hatt, die des unmündigen kindes weren; denn so bleibt die frucht billiger den kindern, denn dem vormunden. Additio. Diese glossen vernim auch desgleichen in andern tagzeiten, davon der 58 art. li. 2 Landr. sagt: — Hett er sich aber solcher güter bloß unterwunden u. hette der mündlin grund mit seines selbst gelt auff sein abentheuer u. auff gewinn u. verlust gebawet, so sol der vormund oder seine erben, ob des vormundes einer were, nemen die frucht u. dem mündlin oder seinen erben widerstatung thun mit zins. Bejareten sich aber die kinder nach der zeit, als vorgesprochen ist, oder gleich eben zu der zeit, als man mit sichlen ausgeht u. nu das korn schneiden solt, der vormund behelt die frucht oder seine erben und die mündlin die stuppeln oder die weinstöck, ut Landrecht lib. 2. art. 58."

solche Schwierigkeit für ihn gar nicht eingetreten wäre. Viel schwieriger ist zu erforschen, worin der Gegensatz des zweiten Theils dieser Stelle, welcher mit den Worten: „Hatt er sich aber solcher güter blos unterwunden" anfängt, zu dem Vorhergehenden eigentlich liegt. Kraut erklärt sich für die Auflösung, auf welche die von Zobel am Rande beigefügte kurze Angabe des Inhaltes dieses Satzes hinweist, welche so lautet: „Wenn ein vormund seiner kinder güter von rauher wurzel bawete", d. h. sie erst ganz neu baute. Nimmt man dies an, so liegt der Gegensatz in den Worten: „die alle bowhafftig weren" (d. h. in culturbarem Zustande wären) im ersten Theile der Stelle, und: „solcher güter blos unterwunden" in dem zweiten Theile, und das „blos" würde dann ausdrücken, daß sie noch bloß oder ledig von Cultur, also unangebaut sind. Eben so schwierig ist einzusehen, weshalb, wenn der Vormund solche Güter auf seine Gefahr (sein abentheur) und auf Gewinn und Verlust anbaut, zwar er oder nach seinem Tode seine Erben die Früchte davon ziehen, aber dem Mündel oder dessen Erben einen Zins als Entgeltung (widerstattung) davon bezahlen sollen. Wollte man diese Worte unbedingt verstehen, so würden sie einen inneren Widerspruch enthalten. Denn es könnte nicht gesagt werden, daß der Vormund solche Güter auf Gewinn oder Verlust anbaue, wenn er immer dem Mündel Vergütung für die gezogenen Früchte leisten müßte. Dann würde er ja nie Gewinn, sondern nur Verlust von dem Anbau haben können. Auch ist nicht einzusehen, warum der Vormund, wenn er auf seine Kosten die Güter erst in culturbaren Stand setzt, einen geringeren Anspruch auf die Früchte daraus hat, als wenn er die bereits cultivirten Grundstücke in culturbarem Zustande erhält; vielmehr wäre das Gegentheil zu erwarten. Auf die eigentliche Bedeutung jener Worte führt die Betrachtung, daß hier nicht blos von dem Vormunde und dem Mündel allein, sondern auch von beiden Erben die Rede ist. Letztere können nur bei Beendigung der Vormundschaft in Betracht kommen. Es ist also hier nur von den Früchten des Jahres, in welchem die Vormundschaft entweder überhaupt oder doch für den Vormund aufhört, die Rede, und vergleicht man damit die unmittelbar vorhergehenden Worte, so soll offenbar angegeben werden, wie es hinsichtlich dieser Früchte sich anders verhält, wenn die Mündelgüter bauhaftig waren, als wenn der Vormund sie erst aus rauher Wurzel auf seinen Gewinn und Verlust angebaut hat. In jenen Worten war nun aber gesagt, daß mit dem Aufhören der Vormundschaft vor St. Urbanstag der Vormund auf die Früchte von den Weinstöcken keinen Anspruch habe, obgleich er die meiste Arbeit für deren Gewinnung bereits verrichtet habe. Heißt es nun in dem fraglichen Satze, bei Gütern der zweiten Art solle der Vormund oder dessen Erben die Frucht nehmen und dem Mündel oder dessen Erben dafür mit Zins Wiedererstattung thun, so soll dies offenbar soviel heißen, als: bei solchen Gütern kann der Vormund oder dessen Erbe immer die Früchte

des letzten Jahres beanspruchen, gleichviel in welchem Zeitpunkte desselben die Vormundschaft aufgehört hat. Heißt es dann endlich in den Schlußworten der Stelle, daß, wenn die Kinder nach dem Tage, an welchem die Früchte gewöhnlich geerntet werden, zu ihren Jahren kommen, oder gerade zu der Zeit, wo man zur Ernte schreiten will, der Vormund oder seine Erben die Früchte behalten und der Mündel nur auf die Stoppeln oder die Weinstöcke einen Anspruch hat, so bezieht sich dies ebenso gut auf den ersten Satz wie auf den zweiten, und es ergiebt sich auch hieraus, daß letzterer nur eingeschoben ist, um zu zeigen, daß es sich mit den noch nicht geernteten Früchten bei erst neu cultivirten Aeckern anders verhalte, als bei solchen, die bereits in culturbarem Stande sind. In Bezug auf den zweiten Satz kann dies nichts anderes heißen, als daß in dem angegebenen Falle der Vormund oder dessen Erben die Früchte erhalten, ohne eine Vergütung dafür leisten zu müssen. Denn die Früchte sollen sie nach dem Obigen auch dann fordern können, wenn die Vormundschaft vor jenem Tage aufhört. Die fraglichen Worte können demnach nur folgenden Sinn haben: bei erst vom Vormunde urbar gemachtem Lande erhält er oder seine Erben die Früchte des letzten Jahres zwar stets; hört aber die Vormundschaft vor dem gewöhnlichen Erntetage auf, so können der Mündel oder dessen Erben eine Vergütung für diese Früchte fordern. Für die Richtigkeit dieser Ausführung spricht, daß hinsichtlich des Fruchterwerbes des Ehemannes etwas Aehnliches stattfand. Dieser erhielt nämlich nach dem älteren teutschen Rechte von den Grundstücken der Frau die Früchte des letzten Jahres der Ehe. Starb aber die Frau vor vollendeter Saat, so mußte er demjenigen, auf welchen das Grundstück der Frau dann fiel, Zins oder Pflege (wie es im Sachsenspiegel heißt), d. i. ein Aequivalent für die gezogenen Früchte bezahlen[782]), wovon der Grund darin lag, daß nach älterem teutschen Rechte die Früchte als verdientes Gut dann angesehen wurden, wenn die zu ihrer Erzeugung erforderliche Arbeit vollendet war und dann demjenigen zukomme, welcher diese Arbeit gemacht hatte, vorher aber nicht. Aus welchem Grunde der Ehemann schon, wenn er die Einsaat nur vollendet hatte, keine Vergütung für die in diesem Jahre noch zu ziehenden Früchte zu gewähren hatte, der Vormund hingegen dazu verbunden war, wenn seine Vormundschaft nur überhaupt vor der Erntezeit aufhörte, kann dahin gestellt bleiben. Der Grund hingegen, warum es bei aus rauher Wurzel gebauten Grundstücken anders als bei bauhaften gehalten wurde, wird aufgeklärt, wenn man berücksichtigt, daß es in dem Falle, wenn der Lehnherr ein Lehn wegen der Unmündigkeit des Vasallen als Angefälle an sich nahm, hinsichtlich der Lehnsfrüchte des letzten Jahres ebenso gehalten wurde, wie im vorliegenden Falle hinsichtlich derer von bauhaften Ländereien. Dies berechtigt nämlich zu dem Schlusse, daß es bei diesen hinsichtlich der

782) Sächs. Landr. B. 3, Art. 76, §. 3, 4.

Früchte des ersten Jahres der Vormundschaft auch so gehalten worden sei, wie hinsichtlich derer des ersten Jahres des Angefälles. Diese bezog aber der Lehnherr nach denselben Grundsätzen, nach welchen bei Beendigung des Angefälles der zu seinen Jahren gekommene Vasall sie bekam[783]). Hieraus ergiebt sich, daß, wenn dies Angefälle in derselben Zeit begonnen hatte, wo es aufhörte, der Lehnherr, dafern er die Früchte des letzten Jahres nicht ganz erhielt, an den Früchten des ersten Jahres schon regelmäßig so viel gewonnen hatte, wie er an diesen verlor. Dasselbe läßt sich daher auch von dem Vormunde hinsichtlich der Früchte von bauhaften Ländereien sagen. Bei erst von ihm urbar gemachtem Lande kann dies aber nicht gelten, da er von diesem natürlich bei dem Anfange der Vormundschaft nie Früchte gezogen haben kann. Es war daher der Sache vollkommen angemessen, daß es bei diesen hinsichtlich der Früchte des letzten Jahres anders gehalten wurde als bei jenen. — Ein anderer Beleg für die Anerkennung der tutela fructuaria ist mit Kraut zu finden in der Glosse zu einer Stelle des Sachsenspiegels[784]). Zu den darin enthaltenen Worten: „der zu al ir gut" giebt nämlich die Glosse eine Erklärung darüber, wie es komme, daß, wie sie sich ausdrückt, unmündiger Kinder Gut nichts erwerben könne. Hieraus ergiebt sich, daß jene Worte zur damaligen Zeit noch allgemein so verstanden wurden, daß der Vormund bei Beendigung der Vormundschaft nur die Substanz des Mündelgutes selbst, nicht aber die in der Zwischenzeit davon gezogenen Früchte herausgeben müsse, was auch dadurch Bestätigung findet, daß der Glossator in dem Folgenden dies mit dem Satze des römischen Rechts, daß, wer das periculum trage, auch das commodum haben müsse, in Verbindung zu setzen sucht. Denn da der Vormund wegen Zurückgabe der beweglichen Sachen des Mündels Sicherheit bestellen mußte, so konnte er allerdings über dieselben immer nur auf seine eigene Gefahr verfügen. Die Annahme, daß die Glossen zu den sächsischen Rechtsbüchern eine Anerkennung der tutela fructuaria enthielten, wird dadurch zu widerlegen gesucht, daß die Glossen in anderen Stellen schon die Verpflichtung des Vormundes zur Rechnungslegung kannten und diese mit der tutela fructuaria unverträglich sei[785]). Man könnte diesen Einwand durch die Annahme beseitigen wollen, daß die Rechnungsablegung, von welchen diese Stellen der Glossen sprechen, sich gar nicht auf die Früchte des Mündelgutes, sondern nur auf die Erhaltung des Bestandes derselben und namentlich darauf beziehe, daß das etwa davon Untergegangene ohne Schuld des Vormundes verloren gegangen sei. Auch ließe sich dafür anführen, daß die älteren Rechts-

783) Sächs. Landr. B. 2, Art. 58, §. 3.

784) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 1: „Swar die sune binnen iren jaren sin, ir eldern ebenbürtige swertmac nimmt daz herwete alleine, und ist der kindern vormunde dar an; wenne sie zu iren jaren komen, so sal er ez ir wider geben, dar zu al ir gut."

785) Krug l. c. p. 44.

quellen nie ausdrücklich sagen, daß wegen der Früchte Rechnung zu legen sei, sondern sich solcher Ausdrücke bedienen, welche man ebensowohl auf die eine, wie auf die andere Weise verstehen kann, und daß es, da sie meistens in Verbindung mit der Verpflichtung des Vormundes zur Sicherstellung des Vermögens seines Mündels, welche sich doch zunächst nur auf dessen Substanz beziehen kann, reden, wenigstens zweifelhaft zu sein scheine, ob sie nicht blos eine solche Rechnungsablegung meinten. Allein bei genauerer Betrachtung ist es wohl nicht zu bezweifeln, daß auch schon in den älteren Rechtsquellen, welche von der Rechnungslegung des Vormundes während der Dauer der Vormundschaft sprechen, dabei eine Rechnungslegung über die Ziehung und Verwendung der Früchte des Mündelgutes gemeint ist. Dafür spricht nämlich erstens der Zusammenhang mit dem späteren Rechte, in welchem die Rechnungsablegung gewiß die letztere Bedeutung hat. Zweitens ließe sich bei der entgegengesetzten Annahme nicht recht einsehen, warum es jährlich ein oder gar zweimal einer Rechnungsablegung über die Substanz bedurft habe, da ja wegen der Erhaltung dieser der Vormund gleich von Anfang an den Mündel sicher stellen mußte. Ferner spricht für die Rechnungsablegung über die Früchte des Mündelgutes der Umstand, daß sie ursprünglich, wenigstens nach den älteren sächsischen Rechtsquellen, nur bei solchen Vormündern vorkommt, welche die Früchte des Mündelvermögens nicht für sich behalten durften. Denn nach dem vorher unter 5. Bemerkten hatten damals nur Vormünder solcher Knaben, welche zwar zu ihren Jahren, aber noch nicht zu ihren Tagen gekommen waren, und solche, welche statt des ordentlichen Vormundes die Vormundschaft verwalteten, Rechnung zu legen, und die Vormundschaft beider war wohl ohne Zweifel keine tutela usufructuaria. Endlich wird diese Ansicht auch noch durch ausdrückliche Zeugnisse älterer Rechtsquellen bestätigt[786]). Wenn man nun hiernach auch zugeben muß, daß die Glosse zu den sächsischen Rechtsbüchern schon von einer Verpflichtung des Vormundes zur Rechnungsablegung über die Früchte des Mündelgutes sprechen, so folgt doch daraus noch nicht, daß die Stellen derselben, welche nach der hier vorgetragenen Ansicht von Kraut eine Anerkennung der tutela usufructuaria enthalten, nicht wirklich von einer solchen zu verstehen seien. Denn es giebt keinen Grund zu der Annahme, daß jene Glossen, wenn sie von der Verpflichtung der Vormünder zur Rechnungsablegung reden, dabei andere Vormünder im Sinne haben als diejenigen, welche auch die übrigen älteren sächsischen Rechtsquellen zur Rechnungslegung für verbunden erklären, also nur solche, deren Vormundschaft auch nach der Ansicht von Kraut keine tutela fructuaria war. — Unter den Rechtsquellen für kleinere Kreise, welche für das Dasein einer tutela fructuaria im älteren Rechte zeugen, ist sehr

786) Vgl. Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 9 a. E. Magdeb. Fragen I, 8, 5. Saarbrück Landr. v. 1321 Cap. 6, §. 3.

interessant eine Stelle des dithmarsischen Landrechtes[787]), indem sie einestheils, einer verhältnißmäßig ziemlich späten Rechtsquelle angehörig, zeigt, wie lange sich bei den teutschen Stämmen, deren Rechtsbildung nicht so früh, wie die anderer, durch das Eindringen des römischen Rechtes unterbrochen wurde, die tutela fructuaria erhalten hat, und anderntheils, da sie, wie die vorher angeführte Glosse zum sächs. Weichbilde Art. 26, ebenfalls davon handelt, inwiefern der Vormund die Früchte des letzten Jahres seiner Vormundschaft beanspruchen könne, eine Bestätigung der oben vorgetragenen, von Kraut versuchten Erklärung der letzteren enthält. Auch nach einigen städtischen Statuten des Mittelalters ist die Vormundschaft über unmündige Kinder unzweifelhaft eine tutela fructuaria. Hierher gehören die Statuten für Dordrecht[788]). Wenn nämlich in denselben den Vormündern unmündiger Kinder bei einer Buße von 10 Pfund untersagt wird, mit dem Vermögen der Kinder zu handthieren oder es zu gebrauchen, außer wenn sie zuvor wegen desselben eine nach dem Ermessen der Schöffen genügende Sicherheit bestellt haben, so folgt nothwendig, daß, wenn sie eine solche Sicherheit geleistet haben, ihnen dies erlaubt ist, und daß, da sie natürlich nur die Substanz des Mündelvermögens sicher stellen können, die Früchte ihnen zukommen. Ferner gehört hierher das Hamburger-Lübische Recht. Die betreffende Stelle desselben[789]) wird deutlicher durch Vergleichung der correspondirenden Stelle des revidirten Lübischen Rechtes[790]). Hält man beide Stellen zusammen, so ergiebt sich als Sinn der ersteren folgender: der Vormund ist befugt, das bewegliche Vermögen seines Mündels zum eigenen Nutzen anzulegen (renten) und mit demselben Handel zu treiben und zu handthieren (koepschlagen), jedoch hat er, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, mit Grundstücken dafür Sicherheit zu leisten, daß er es dem Mündel bei Beendigung der Vormundschaft in seinem ursprünglichen Bestande herausgeben werde, und zu versprechen, den Mündel bis dahin zu unterhalten (vöden) und zu kleiden (Kleder u. Scho geven). Davon, daß der Vormund, wenn er mehr mit dem Vermögen des Mündels gewinnt, als dessen Unterhaltung und Kleidung erfordert, dies demselben zu berechnen und ebenfalls bei Beendigung der Vormundschaft herauszugeben, auch dafür Sicherheit zu leisten habe, wie das revidirte Recht will, sagt die ältere Stelle nicht nur nichts, sondern es ist dies auch dem ganzen Zu-

787) Dithmars. Landr. v. 1539 Art. 107 abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 75.

788) Wetten des Grafen Johann von Hennegau, Holland u. s. w. für Dordrecht betr. die Waisen und ihre Vögte v. 1303 bei Mieris 2. 36. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 75 flg.

789) Cod. Brok. III. 43. abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 76. Sie findet sich auch im Cod. Brok. II. 13. und in mehreren anderen Texten, woraus Varianten anführt Hach, alt. Lüb. Recht III, 290, Nr. 8. Die Grundlage ist das Hamburg. Stat. v. 1270 V, 2.

790) Rev. Lüb. Recht I, 7, 7, abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 76 flg.

sammenhange desselben zuwider. Denn es läßt sich der Zweck davon nicht einsehen, daß in dem angegebenen Falle der Vormund, wenn er das aus dem Vermögen des Mündels Gewonnene demselben zu berechnen hatte, noch ausdrücklich versprechen mußte, ihn zu unterhalten und zu kleiden, da dies sich ja dann ganz von selbst verstand, und er kein Interesse hatte, die Einkünfte des Mündelvermögens nicht zunächst hierzu zu verwenden. Daher fordert auch der Artikel des revidirten Rechtes kein solches Versprechen, sondern bestimmt ohne weiteres, daß der Vormund von den Einkünften die Kinder nothdürftig unterhalten soll, was sich aber in der That nach demselben ganz von selbst versteht. Mit dieser von Kraut gegebenen Erklärung jener Stelle des Hamburg-Lüb. Rechtes scheint eine andere im Widerspruche zu stehen[791]. Denn in derselben wird ausdrücklich gesagt, daß, wenn ein Vater seinen Kindern Grundstücke, Kaufmannschaft und Renten hinterlassen habe und der Stadtrath die Kaufmannschaft für hinreichend halte, um davon die Kinder zu unterhalten, die Vormünder die Renten zum Nutzen der Kinder anlegen sollen (so schal men in de rente vort keren). Jener anscheinende Widerspruch verschwindet aber durch die Erwägung, daß in dieser Stelle nur von testamentarischen Tutoren die Rede ist, bei welchen natürlich Beschränkungen vorkommen können, welchen gesetzliche Vormünder nicht unterliegen. Außerdem läßt sich dieser scheinbare Widerspruch auch noch mit Kraut auf folgende Weise auflösen. Wenn nämlich in der angeführten Stelle gesagt wird, der Vormund solle die Kinder von dem Kaufschatze unterhalten, so kann dies nicht so verstanden werden, als solle er die Kaufmannswaaren unmittelbar oder deren Erlös zum Unterhalte der Kinder verwenden, weil auf diese Weise das Vermögen der Kinder allmälig aufgezehrt werden würde, sondern sie ist so zu verstehen, daß er den Kaufhandel des Vaters seiner Mündel fortsetzen und die Kinder aus dessen Ertrage unterhalten solle. Nimmt man dies an, so geht ferner aus dem Gegensatze, welcher hier zu dem mit der Rente zu beobachtenden Verfahren gemacht wird, hervor, daß, wenn der Kaufhandel auch noch so ergiebig ist, so daß der Vormund auch nach noch so reichlicher Unterhaltung der Kinder von dem Ertrage desselben doch noch etwas erübrigt, er dies nicht, wie die gezogene Rente, zu deren Nutzen anlegen muß, sondern in seinen Nutzen verwenden kann. Ist diese Voraussetzung richtig, so hebt sich jener scheinbare Widerspruch ganz einfach dadurch, daß nach dem kurz vorher Bemerkten der Vormund die Früchte des Mündelvermögens nur unter der Voraussetzung beanspruchen kann, erstens, daß er Arbeit für deren Gewinnung aufwendet, und zweitens, daß er auch die Gefahr des Ausfalles trägt, wenn dieselben zum Unterhalte des Mündels nicht genügen. Denn beides tritt offenbar bei dem Kaufhandel ein, nicht aber bei den

791) Lüb. Recht Cod. Hach. II. §. 105, abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 36, N. 11.

ohne Mühe und Arbeit immer sicher eingehenden Renten. Ist aber der Kaufhandel so unbedeutend, daß der gewöhnliche Ertrag desselben zum Unterhalte der Mündel nicht genügt, so bleibt dem Rathe allerdings nur übrig, dem Vormunde auch die Renten ganz oder doch theilweise zu überlassen, so daß der Vormund dann also wenigstens nicht, wie im ersten Falle, die ganze Rente zum Nutzen der Mündel anzulegen hat. Hieraus muß man schließen, daß, wenn das Mündelvermögen blos in Renten besteht, der Vormund das, was er von diesen nicht zum Unterhalte der Kinder nöthig hat, zu ihrem Nutzen anlegen muß[792]). Endlich enthalten auch Urkunden Belege dafür, daß die gewöhnliche Altersvormundschaft im älteren Rechte wenigstens in manchen Gegenden eine tutela fructuaria war[792a]). — Für die Annahme einer tutela fructuaria im älteren Rechte spricht auch, daß in mehreren fremden Ländern, wo sich das teutsche Recht zum Theil reiner als im eigentlichen Teutschland erhalten hat, sie entweder noch bis auf den heutigen Tag vorkommt[793]) oder sich doch bis auf die neuere Zeit erhalten hat[794]); eine Uebereinstimmung, welche ohne Zweifel aus der ihnen gemeinsamen Grundlage des älteren teutschen Rechtes zu erklären ist. Endlich dürfte auch als ein Ueberbleibsel der ehemaligen tutela fructuaria der später und noch heutzutage in vielen Particularrechten dem Vormunde eingeräumte Anspruch auf ein Honorar für die Verwaltung der Vormundschaft mit Kraut anzusehen sein[795]). Wenn auch schon nach römischem Rechte, obgleich nach diesem eigentlich die Amtsführung des Vormundes eine unentgeltliche ist, dem Vormunde ein Honorar nicht nur von dem Vater des Pupillen, sondern in gewissen Fällen auch durch die Obrigkeit oder die Mitvormünder ausgesetzt werden kann, so kann doch jener Anspruch nicht als aus einer bloßen weiteren Ausdehnung dieser Ausnahmen des römischen Rechtes hervorgegangen betrachtet werden. Dagegen spricht die weite Anerkennung eines solchen Anspruches in Teutschland zu einer Zeit, wo das römische Recht hier noch nicht weit vorgedrungen war, und insbesondre noch dessen Anerkennung auch in anderen Ländern, auf welche das römische Recht nicht auf gleiche Weise eingewirkt hat[796]), Länder, welche alle dem germanischen Rechtsgebiete

792) Dies wird auch in der Uffenbach'schen Handschrift des Lüb. Rechtes ausdrücklich gesagt. Lüb. Recht. Cod. Uffenb. bei Hach Cod. II. 105, Nr. 9.

792a) S. Kraut Bd. 2, S. 80.

793) Wie in England, nur daß hier die nach Bestreitung des Unterhaltes übrig bleibenden Früchte des Mündelvermögens nicht dem eigentlichen Vormunde, sondern dem Obervormunde, d. h. dem Könige oder dem sonstigen Inhaber der Gerichtsbarkeit zukommen; vgl. Thom. Smith, de republ. Anglor. Lib. 3. c. 5.

794) Wie in Frankreich, wo bis zur Revolution der Vormund bei der garde noble alle nach Abzug der Alimente übrig bleibenden Früchte des Mündelvermögens bekam; vgl. Merlin, répertoire de jurisprud. u. d. W. garde noble.

795) Ein solcher Anspruch wird schon anerkannt in den Magdeb. Fragen I, 8, 8. (Sächs. Distinct. bei Pölmann I, 14, 4.)

796) Z. B. in Spanien und Portugal nach Schilter, prax. iur. exerc. III. §. 11. In ersterem Lande erhielt noch zu dieses Juristen Zeit der Vormund in

angehören. Auffällig würde es unter diesen Umständen sein, daß der Anspruch des Vormundes auf ein Honorar unter den älteren Rechtsquellen nur von der in der Note angeführten Lex Wisigothorum anerkannt wird und auch in den Quellen der mittleren Zeit höchst selten vorkommt, wenn sich nicht alles einfach aus der Annahme erklärte, daß er ein Ueberbleibsel der älteren tutela fructuaria sei.

7) Beendigung der Vormundschaft. Hinsichtlich derselben ist auf den 6. Abschnitt zu verweisen, wo von der Beendigung der Vormundschaft überhaupt, auch nach älterem teutschen und heutigem Rechte gehandelt werden wird.

BB. Vormundschaft über Personen, welche an geistigen oder körperlichen Gebrechen leiden.

Schon das ältere teutsche Recht kennt eine solche Vormundschaft. Nach dem Sachsenspiegel[797]) standen, wie er sich ausdrückt, Thoren und sinnlose Leute unter Vormundschaft. Diese Ausdrücke bezeichnen Geisteskranke jeder Art und es machte hiernach das teutsche Recht in Bezug auf die Vormundschaft keinen Unterschied zwischen furiosi und mentecapti, wie er sich im älteren römischen Rechte findet[798]). Auch kann man schon aus der Wortfassung jener Stelle des Sachsenspiegels schließen, daß der Vormund, von welchem sie spricht, nicht etwa blos für eine einzelne Handlung bestellt ist, sondern daß dabei an einen beständigen Vormund der Geisteskranken zu denken ist. Daß sie einen solchen hatten, ergiebt sich noch deutlicher aus dem Richtsteige Landrechts[799]), wo vorausgesetzt wird, daß Geisteskranke ebenso wie die Kinder einen ordentlichen Vormund haben, so daß nur, wenn dieser im Gerichte nicht anwesend ist, ihnen vom Gerichte ein Vormund zur Vertheidigung auf die gegen sie angebrachte peinliche Klage zu bestellen ist. Endlich ist im Rechtsbuche nach Distinctionen ausdrücklich von einem rechten Vormunde sinnloser Leute die Rede[800]). Schon nach diesem Ausdrucke war der Vormund eines Geisteskranken regelmäßig dasjenige Familienglied, welches, auch wenn dieser aus anderen Gründen unter Vormundschaft gestanden hätte, diese über ihn geführt haben würde. Die angeführte Stelle des Richtsteiges Landrechts sagt es aber auch ausdrücklich, daß so gut bei Wahnsinnigen wie bei Kindern ihr ältester ebenbürtiger Schwerdtmage zu Recht ihr Vormund sein soll. Zugleich ergiebt dieselbe, daß, sowie andere eines Vormundes bedürftige Personen, so

---

Gemäßheit der Lex Wisigoth. IV. 3. 3. den zehnten Theil der Früchte des Mündelgutes, in letzterem den zwanzigsten.

797) Sächs. Landr. B. 3, Art. 3. Damit stimmen überein Schwabensp. (Wackern.) 314 (148, 1, 2). Vgl. auch Görlitz. Landr. Cap. 34, §. 5.

798) S. Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. 1, S. 119 flg.

799) Richtst. Landr. Cap. 43.

800) Rechtsb. nach Distinct. IV, 14, 5. S. auch sächs. Distinct. bei Pölmann VI, 12, 7.

auch Geisteskranke in Ermangelung eines rechten Vormundes einen Vormund von Gerichtswegen zugeordnet erhalten konnten. Von einem gekorenen Vormunde Geisteskranker, welcher hier natürlich nur durch Dritte, namentlich den Vater, für sie gewählt sein könnte, ist zwar in den älteren teutschen Rechtsquellen nicht die Rede; es ist aber wohl nicht zu bezweifeln, daß ein solcher ebensogut bei ihnen wie bei anderen eines Vormundes bedürftigen Personen vorkam. Ebenso muß man aus dem Gegensatze, welchen jene Stelle des Richtsteiges zwischen Vormündern Geisteskranker und Vormündern von Kindern macht, auch schließen, daß eine besondere Vormundschaft über Geisteskranke im teutschen Rechte ebenso wie im römischen nur bei Personen vorkam, welche nicht mehr unter Altersvormundschaft standen. Dasselbe Verhältniß fand dagegen nicht zwischen jener Vormundschaft und der gewöhnlichen Geschlechtsvormundschaft statt; vielmehr war die Vormundschaft, unter welcher eine zu ihren Jahren gekommene geisteskranke Frauensperson stand, ohne Zweifel nicht die gewöhnliche Geschlechtsvormundschaft, sondern die eines Geisteskranken, da, wie später zu erwähnen sein wird, bei jener die Amtsführung des Vormundes durchaus nicht von dem Umfange war, daß dadurch den Bedürfnissen einer geisteskranken Frauensperson hätte genügt werden können. Auch in dieser Beziehung fand eine Aehnlichkeit zwischen dem teutschen und dem römischen Rechte statt, so lange das letztere noch eine Geschlechtstutel kannte. In demselben Verhältniß, wie die gewöhnliche Geschlechtsvormundschaft zur Vormundschaft über Geisteskranke, stand aber zu der letzteren nicht die eheliche Vormundschaft. Denn die Rechte des Mannes über die Ehefrau und deren Vermögen waren so umfassend, daß dieselbe im Falle des Wahnsinns nicht nur keines anderen Vormundes bedurfte, sondern die Befugnisse des letzteren auch geradezu mit denen des Ehemannes collidirt haben würden. Ueber die Rechte und Pflichten des Vormundes eines Geisteskranken enthalten die älteren Rechtsquellen weiter nichts, als daß, wie schon oben unter A. Nr. 7 gezeigt worden ist, im Falle einer durch seinen Mündel verursachten Schadenszufügung es ebenso gehalten wird, wie bei einem Minderjährigen in dem gleichen Falle, daß nämlich der Vormund den Schaden aus dem Vermögen des Mündels zu ersetzen hat. Auch ergiebt sich aus ihnen, daß, sowie der Vormund eines unmündigen Kindes dieses durch Zwang von der Beschädigung Anderer abzuhalten hatte, wenn er nicht entweder subsidiarisch für den Schaden mit seinem eigenen Vermögen haften oder seinen Mündel dem Kläger zu Hand und Halfter übergeben wollte, ebenso auch der Vormund eines Wahnsinnigen, um nicht gleichen Unannehmlichkeiten ausgesetzt zu sein, denselben beaufsichtigen mußte, daß er Anderen keinen Schaden zufüge (vgl. unter A. Nr. 7). Ebenso ergiebt der Schwabenspiegel [801]), daß der Vormund eines Wahnsinnigen die Kosten des Unterhaltes desselben, wenn dessen

801) Schwabensp. 314, Z. 6 flg. (148, 6).

eigenes Vermögen dazu nicht ausreichte, ebensowenig aus seinem Vermögen zu bestreiten brauchte, wie der Vormund eines Minderjährigen, sondern daß, ebenso wie bei diesem in Ermangelung von eigenem Vermögen des Mündels sie dessen nächste Verwandte überhaupt bestreiten mußten, und endlich die Obrigkeit für den Unterhalt zu sorgen hatte. — Zu den an körperlichen Gebrechen leidenden Personen gehören 1) Leute von unvollkommener Gestalt. Ob und wie weit diese unter Vormundschaft standen, darüber enthalten die älteren deutschen Rechtsquellen nur wenig. Vorzüglich kommt eine Stelle des Sachsenspiegels [802]) in Betracht. Ob unter den Altvilen mit der Glosse in dieser Stelle Zwitter zu verstehen seien, ist bestritten [803]). Aus der Zusammenstellung derselben mit Zwergen und Krüppeln, mit welchen zusammen sie den blos an einzelnen Gliedern oder Sinnen Gebrechlichen entgegengestellt werden, ergiebt sich aber doch ohne Zweifel, daß sie, wie Zwerge und Krüppel, Leute von unvollkommener Gestalt sind und daß, da auch Zwitter diese Eigenschaft haben, von ihnen, wenn jener Ausdruck sie auch nicht bezeichnete, doch jedenfalls dasselbe gelten muß, wie von Zwergen und Krüppeln. Der Ausdruck Pflege, in welcher nach den letzten Worten dieser Stelle die Erben und nächsten Verwandten solcher Personen sie halten sollen, bedeutet nur soviel, wie Verpflegung, und ist nicht gleichbedeutend mit Vormundschaft. Es liegt darin aber nicht, daß eine Vormundschaft bei ihnen überhaupt gar nicht vorkam. Da sie aber nichts erben und auch wohl sonst kein Vermögen erwerben konnten, so hatten sie auch zur Vertretung desselben keinen Vormund nöthig, und da sie gewiß ebenso selten Körperverletzungen erlitten, als selbst solche Anderen zufügten, so bedurften sie auch regelmäßig keines Vormundes zur Vertretung ihrer Person. Es kam daher eine ständige Vormundschaft bei ihnen wohl überhaupt nicht vor, sondern höchstens eine Vormundschaft zu einer einzelnen Handlung, mit der es sich ebenso verhielt, wie mit jeder anderen Vormundschaft dieser Art. Daher ist in der obigen Stelle nur von ihrer Verpflegung, nicht von einer Vormundschaft über sie die Rede. Zu den Gebrechlichen gehören 2) Menschen, welche blos an einzelnen Gliedern oder Sinnen Fehler oder Mängel haben, wie Handlose, Fußlose, Stumme, Taube und Blinde. Sie werden in den genannten Rechtsquellen ganz anders behandelt, als Menschen von unvollkommener Gestalt, indem sie nach ihnen die Erbfähigkeit nach Landrecht und Stadtrecht so gut besitzen, wie jeder Andere, aber nicht die Erbfähigkeit nach Lehnrecht, da sie keine Lehndienste leisten können [804]). Sie bedurften daher eines beständigen Vormundes zur Vertretung ihres

802) Sächs. Landr. B. 1, Art. 4: „Uffe altvile unde uffe twerge erstirbit weder len noch erbe, noch uffe krupelkint. Swer denen die erben sint und ir ersten mage, die suln sie halden in irre phlage.“

803) Grimm, teutsche Rechtsalterthümer S. 409; s. dagegen aber Homeyer zu des Sachsenspiegels zweitem Theil S. 560 u. d. W. Altvil.

804) Sächs. Landr. B. 1, Art. 4. Goslar. Stat. S. 10, Z. 22, 23.

Vermögens. Ebenso wurde es wohl auch hinsichtlich der Lahmen gehalten, obgleich jene Rechtsquellen dies nicht ausdrücklich sagen. Ferner gehören hierher 3) Personen, welche durch Krankheit verhindert sind, sich selbst zu vertreten[805]). Diese werden in der in der Note angeführten Stelle des Görlitzer Landrechts den alten Leuten, welche sich unter Vormundschaft gestellt haben und bei welchen diese niemals wieder aufhört, gleichgestellt. Wegen dieser Gleichstellung ist dabei an eine unheilbare Krankheit zu denken. Für eine solche wurde im Mittelalter insbesondere der Aussatz (die Musel- oder Miselsucht, wie er in der älteren Sprache heißt) gehalten. Die, welche an dieser Krankheit litten, sind nach dem Sachsenspiegel und den Goslar. Statuten nicht erbfähig, weder nach Landrecht, noch Stadtrecht, noch Lehnrecht, und werden also in Bezug auf ihre Erbfähigkeit den Zwittern, Zwergen und Krüppeln ganz gleich behandelt; werden sie aber erst, nachdem sie eine Erbschaft erworben haben, von jener Krankheit befallen, so sollen sie das Ererbte behalten[806]), und solchenfalls war für sie vorzugsweise eine Veranlassung zur Annahme eines Vormundes vorhanden. Ueber das Verhältniß der bisher erwähnten 3 Klassen preßhafter Leute spricht sich am ausführlichsten ein Artikel des Rechtsbuches nach Distinctionen aus[807]), welcher sich an das in dem Sachsenspiegel und in den Goslar. Statuten darüber Gesagte anschließt und, wie es am Schlusse desselben ausdrücklich heißt, dazu bestimmt ist, das, was die alten Landrechtsbücher und Weichbildrechtsbücher, worunter hier jene beiden Rechtsquellen zu verstehen sind[808]), enthalten, zu erläutern. Der Inhalt dieses Artikels ist folgendermaßen zu verstehen. Aussätzige, Stumme, Blinde, Fußlose und Handlose, wenn sie so geboren sind, soll ihr nächster Schwerdtmage mit ihrem Vermögen an sich nehmen und ihrem Vermögen gemäß verpflegen. Ihr Verpfleger darf ihnen aber ihr Vermögen auf keine Weise entfremden; nach ihrem Tode wird dasselbe auf die gewöhnliche Weise vererbt, nämlich auf ihre nächsten Blutsverwandten. Will der nächste Schwerdtmage ihre Verpflegung nicht übernehmen, so ist der nächste nach ihm zunächst dazu berufen, und wenn er dieselbe übernimmt, so erbt er dafür das Vermögen seines Pfleglings. Wollen die Schwerdtmagen sämmtlich mit der Verpflegung der Gebrechlichen nichts zu thun haben, so kann deren Mutter, wenn sie noch lebt, dieselbe übernehmen und beerbt sie dafür. Wenn es hierauf in diesem Artikel heißt: solche Gebrechliche erbten weder Lehn, noch Eigen, noch Erbe, so widerspricht dies nicht nur geradezu dem, daß der Sachsenspiegel und die Goslar. Statuten in den in der Note 806 angeführten Stellen denjenigen, welche stumm, handlos, fußlos oder blind geboren sind, ausdrücklich die Erbfähigkeit nach Landrecht und Weichbildrecht beilegen, sondern auch dem in diesem

805) Görlitz. Landr. Cap. 47, §. 17 a. b.
806) Sächs. Landr. B. 1, Art. 4 a. E. Goslar. Stat. S. 10, Z. 19 flg.
807) Rechtsb. nach Distinct. I, §. 10.
808) Siehe Ortloff, das Rechtsb. nach Distinct. Einl. p. XXX sq.

Artikel selbst bis dahin Gesagten, indem sich sonst nicht erklären ließe, wie jene Personen zu Vermögen kommen könnten, was darin doch bei ihnen angenommen wird. Der wahre Sinn jener Worte wird durch das vom Verfasser weiter darauf Gesagte aufgeklärt. Wenn aber, so fährt der Verfasser fort, die erwähnten Personen erst nach ihrer Geburt gebrechlich geworden sind, so daß sie nach erlangter Volljährigkeit keinen Vormund mehr nöthig haben, so können sie ihr Vermögen ihrem Altersvormunde abfordern und es selbst benutzen und gebrauchen, jedoch natürlich das ererbte Gut ebensowenig, wie irgend ein Anderer, ohne Einwilligung ihrer nächsten Erben veräußern. Dagegen können sie über das durch ihre Arbeit Gewonnene, sei es vor oder nach Entstehung des Gebrechens erworben, nach Belieben zu Gunsten, wessen sie wollen, verfügen, nur nicht auf dem Sterbebette, weil auf diesem überhaupt Niemand gültig über sein Vermögen verfügen kann. Hiernach ist der Sinn der fraglichen Worte folgender: wenn es von den mit dem Aussatz Geborenen in den alten Rechtsbüchern heißt, daß sie weder Eigen, noch Erbe, noch Lehn erben, und von den übrigen gebrechlichen Personen, daß sie, wenn sie so geboren seien, nicht Lehnserben sein könnten, so muß dies nur von der eigenen Verwaltung der ererbten Güter verstanden werden. Versteht man diesen Artikel so und vergleicht damit den Inhalt der in den Noten 804 und 806 angeführten Stellen des Sachsenspiegels und der Goslar. Statuten, so weicht er davon insoweit völlig ab, daß, während die beiden letzteren dem Aussätzigen überhaupt gar keine Erbfähigkeit einräumen, die übrigen hier genannten Gebrechlichen dagegen für erbfähig nach Landrecht und Weichbildrecht erklären und ihnen nur die Erbfähigkeit nach Lehnrecht versagen, er in Bezug auf die Erbfähigkeit zwischen den ersteren und letzteren gar nicht unterscheidet und sie alle für vollkommen erbfähig erklärt. Insofern erklärt er das nach der Bemerkung am Schlusse in den alten Landrechtsbüchern und Weichbildrechtsbüchern zu kurz Vorgetragene in der That nicht, sondern weicht geradezu von ihnen ab. Die Aufklärung kann höchstens darin liegen, daß, während man namentlich durch die vom Sachsenspiegel gebrauchten Worte zu dem Schlusse veranlaßt sein könnte, daß außer den Altvilen und Zwergen nur die Aussätzigen, nicht aber auch die Stummen, Blinden, Hand- und Fußlosen unter der Verpflegung ihrer nächsten Verwandten ständen und die letzteren immer auf die gewöhnliche Weise beerbt würden, während von einer Erbfolge in das Vermögen der ersteren, da sie ein solches überhaupt nicht hätten, gar nicht die Rede sein könne, dennoch in beiden Beziehungen zwischen ihnen gar kein Unterschied stattfinde. Hiernach muß man also annehmen, daß mit der Erbfähigkeit der Aussätzigen später eine Veränderung insofern sich ereignet habe, daß sie in Bezug auf dieselbe den Blinden, Stummen, Hand- und Fußlosen ganz gleichgestellt sind, daß aber in Bezug auf die Verpflegung die letzteren den ersteren von jeher gleich behandelt wurden, was auch die Hülfsbedürftigkeit derselben nöthig macht. Ob

es nach dem Rechte des Rechtsbuches nach Distinctionen hinsichtlich der Leute von unvollkommener Gestalt ebenso gehalten wurde, wie mit den im Sachsenspiegel ihnen gleichgestellten Miselsüchtigen, muß dahin gestellt bleiben, da sich jenes Rechtsbuch darüber nicht ausspricht. Dagegen muß man nach demselben eine Gleichstellung der Lahmen mit den übrigen Gebrechlichen annehmen. Denn geschieht ihrer auch weder in der obigen Stelle, noch in den Goslar. Statuten bei dieser Gelegenheit mit Erwähnung, so werden sie doch in den entsprechenden Artikeln der sächsischen Distinctionen und des eisenach. Rechtsbuches[809]) unter den zu Anfang dieses Artikels erwähnten Gebrechlichen ausdrücklich mit genannt. Im letzteren wird noch die Bemerkung hinzugefügt, daß es mit geborenen Geisteskranken ebenso gehalten werde. Aus demjenigen, was hinsichtlich der Verwaltung des Vermögens körperlich Gebrechlicher aus den Rechtsquellen bemerkt worden ist, folgt ebenso wenig, daß sie in dem Falle, wo sie ihr Vermögen nicht selbst zu verwalten hatten, überhaupt unter Vormundschaft standen, als daß sie auch nur in diesem Falle eines Vormundes bedurften, und insbesondere nicht, daß, wenn sie auch einen Vormund nöthig hatten, sie unter der Vormundschaft desjenigen standen, welcher ihr Vermögen verwaltete. Denn ein Vermögensverwalter und ein Verpfleger ist noch kein Vormund. Sonst müßte man annehmen, daß die Mutter, welche nach der in der Note 807 angeführten Stelle des Rechtsbuches nach Distinctionen die Verpflegung ihres gebrechlichen Kindes, wenn dessen Schwerdtmagen sich damit nicht befassen wollen, übernehmen kann, in diesem Falle Vormünderin desselben werde, was dem Systeme dieses Rechtsbuches (vergl. diese Abth. unter A. BB. Nr. 1) zuwider sein würde. Was den ersten Punkt anlangt, so bedurften ohne Zweifel alle jene Personen, weil sie nicht selbst kämpfen konnten, eines Kampfvormundes, wofür allerdings nur hinsichtlich der Lahmen ein ausdrückliches Zeugniß im Sachsenspiegel vorliegt[810]). Auch wurde es gewiß hinsichtlich der Frage, wer ihr Kampfvormund sei, bei allen Leuten, welche von unvollkommener körperlicher Gestalt oder mit körperlichen Gebrechen und Mängeln behaftet waren, ebenso gehalten, wie es der Sachsenspiegel in Bezug auf die Lahmen sagt. Zunächst waren nämlich ihre ebenbürtigen Schwerdtmagen zur Kampfvormundschaft über sie berufen. Konnten sie keinen von diesen stellen, so durften sie sich beliebig irgend einen Biedermann, welcher es übernehmen wollte, zum Kampfvormund wählen; war auch ein solcher nicht zu erlangen, so durften sie sich einen gemeinen Kämpfer miethen. Eine andere Frage ist es, ob das, was der Sachsenspiegel zu Anfang der in der Note angeführten Stelle in Ansehung der Lahmen sagt, daß diese nämlich, wenn die Klage nicht zu Kampfe geht, selbst klagen und antworten sollen, auf alle jene Leute bezogen werden können. Da die Quellen darüber nicht

---

809) Sächs. Distinct. bei Pölmann I, 16, 4. Eisen. Rechtsb. I, 3.
810) Sächs. Landr. B. 1, Art. 48, §. 2.

direct Aufschluß geben, so ist man für die Beantwortung dieser Frage auf allgemeine Gründe verwiesen. Aus solchen ist sie aber mit Kraut zu verneinen. Denn da man mit den Aussätzigen jede Gemeinschaft vermied, so durften sie auch gewiß nicht im Gerichte erscheinen; Taube und Stumme waren aber offenbar gar nicht fähig, selbst zu klagen und zu antworten, und auch bei den Blinden schien es unnatürlich, dies von ihnen zu verlangen. Daß Zwitter, Zwerge und Krüppel selbst vor Gericht hätten auftreten können, steht mit dem Geiste der älteren Gerichtsverfassung im Widerspruch. Es konnte daher höchstens mit den Handlosen und Fußlosen in dieser Beziehung ebenso gehalten werden, wie mit den Lahmen. Ob aber auch hinsichtlich der letzteren überall der Grundsatz des Sachsenspiegels befolgt wurde oder sich wenigstens lange erhielt, ist sehr zweifelhaft [811]). — Zu den gebrechlichen Leuten, welche einen Vormund haben können, lassen sich auch 4) die Verwundeten zählen, bei welchen aber regelmäßig nur eine Vormundschaft zu Kampf vorkommt, worüber eine Stelle des Sachsenspiegels das Nähere enthält [812]). Einen Vormund zu Klage und zu Antwort konnten sie nur dann haben, wenn sie so verwundet waren, daß sie nicht sprechen konnten [813]). Endlich kann man 5) hierher die Leute rechnen, welche schon über ihre Tage hinausgekommen, d. h. über 60 Jahre alt sind. Hinsichtlich dessen, was die Rechtsquellen des Mittelalters in Ansehung der Vormundschaft über sie enthalten, ist auf das früher in diesem Artikel Bemerkte zu verweisen (s. Allgem. Theil Abschn. 2). Aus allgemeinen Gründen ist zu schließen, daß die Bestellung eines Vormundes über sie immer vor Gericht geschehen mußte. Der Umfang dieser Vormundschaft war wohl nicht dem Rechte nach bestimmt, sondern erhielt seine Bestimmung durch denjenigen, welcher sich unter sie stellte. Nur hatte dieser ohne Zweifel diesen Umfang ein für alle Mal zu bestimmen, so daß er, wenigstens soweit die Verhältnisse Dritter dabei in Betracht kamen, nicht in jedem Augenblicke willkürliche Aenderungen darin machen durfte. — Aus dem Vorhergehenden ergiebt sich, daß das teutsche Recht in dieser Lehre so wenige eigenthümliche und vom römischen Rechte abweichende Grundsätze enthielt, daß die gelehrten Juristen dasselbe leicht fast ausschließlich in derselben zur Anwendung bringen konnten, in welcher sich dasselbe auch bis auf den heutigen Tag erhalten hat, so daß die jetzt darüber geltenden Grundsätze im wesentlichen aus diesem Rechte zu schöpfen sind [814]). Das spätere römische Recht kennt aber eine Vormundschaft

811) Ueber die Gründe dieser Zweifel s. Kraut Bd. 2, S. 203.

812) Sächs. Landr. B. 1, Art. 49. S. auch Rechtsb. nach Distinct. IV, 23, 24 und sächs. Weichb. Art. 35.

813) Magdeb. Görlitz. Recht v. 1304 Art. 140. Goslar. Stat. S. 33, Z. 10 flg. Rechtsb. nach Distinct. IV, 6, 3 u. 4. Sächs. Distinct. bei Pölman VI, 2, 5.

814) Schon zu einer Zeit, wo an eine eigentliche Reception des römischen Rechtes noch nicht zu denken war, wurden dessen Grundsätze in diesem Punkte in Lübeck geltend. Vgl. das Nähere darüber bei Kraut Bd. 2, S. 205, N. 22.

wegen geistiger Gebrechen wohl ganz bei denselben Klassen von Geisteskranken, wie das ältere teutsche Recht[815]). Unter den oben genannten Klassen von körperlich gebrechlichen Personen kommt im römischen Rechte eine Vormundschaft nur vor bei Tauben und Stummen und bei solchen Personen, welche an einer dauernden Krankheit leiden[816]), nicht aber bei den übrigen Klassen derselben, namentlich nicht bei Blinden und bei alten Leuten. Indessen ist es nach dem heutigen gemeinen Rechte auch Blinden und alten Leuten gestattet, sich freiwillig unter Vormundschaft zu begeben. Nur entscheidet bei den letzteren gemeinrechtlich nicht, wie im älteren teutschen Rechte, eine gewisse Altersstufe darüber, sondern mehr der Umstand, ob sie so hinfällig geworden sind, daß sie ihren Angelegenheiten nicht mehr selbst vorstehen können[817]). Neuere Vormundschaftsordnungen bezeichnen bei dieser Gelegenheit meistens nicht die einzelnen Gebrechen, sondern überlassen es dem gewissenhaften Ermessen der Behörden, allenfalls unter Zuziehung von Aerzten, zu beurtheilen, ob ein Gebrechen von der Art ist, daß es entweder eine Bevormundung nothwendig macht, oder doch, wenn der Gebrechliche und dessen Angehörige darum ansuchen, eine solche rechtfertigt[818]). Im römischen Rechte ist die Vormundschaft über Geisteskranke und preßhafte Personen keine Tutel, sondern eine Cura. Sowenig aber wie dieser Unterschied bei der Altersvormundschaft heutzutage in Betracht kommt, wie später noch ausführlicher zu zeigen sein wird, ebensowenig auch hier. Es gelten daher über die Amtsführung eines solchen Vormundes in Teutschland die nämlichen Grundsätze, wie über die des Altersvormundes, soweit nicht die Beschaffenheit der unter derselben stehenden Personen eine Verschiedenheit begründet. Hierzu gehört bei Geisteskranken vor Allem, daß der Vormund dafür zu sorgen hat, daß sie weder sich, noch Anderen schaden können. Nach dem römischen Rechte braucht er aber nicht, wie nach dem älteren teutschen, zu diesem Behufe die unmittelbare Aufsicht über seinen Pflegling zu übernehmen, sondern dies ist Sache der Angehörigen des letzteren. In Ermangelung solcher, oder wenn sie ihrer Pflicht nicht nachkommen, oder auch davon dispensirt sind, wie im Falle eigentlicher Raserei, hat der Vormund für

---

815) Ueber das spätere römische Recht vgl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. 1, S. 122 flg. und den Art. Cura Bd. 3, S. 209 flg.

816) Wenigstens werden nur diese ausdrücklich genannt. Vgl. den Artikel Cura Bd. 3, S. 213.

817) Lauterbach, Coll. theor. pract. Pandect. Lib. XXVII. Tit. 10. §. 20. Schilter, Pract. iur. exerc. 37. §. 221. v. Kreitmayr, Comm. zum Cod. Max. bovor. civ. Lib. 7. §. 37. nr. 1. lit. c. d. Höpfner, Comment. zu den Instit. §. 222, Nr. 5. Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 194. Auch manche Particularrechte erkennen dies ausdrücklich an, z. B. in Bezug auf die Blinden die kgl. sächs. Vorm.-Ordn. v. 10. Oct. 1782 Cap. 24, §. 6. Siehe Kraut Bd. 2, S. 206, N. 25.

818) Neuere Gesetze in Bezug hierauf führt an Kraut Bd. 2, S. 207, N. 26.

Unterbringung seines Pfleglings in einer öffentlichen Anstalt zu sorgen. Dieser Grundsatz bildet jetzt das gemeine Recht und neuere Gesetzgebungen haben ihn ebenfalls angenommen [819]). Aus demselben Grunde steht es auch mit der Bestellung eines solchen Vormundes gemeinrechtlich nicht anders, als mit der Bestellung eines Altersvormundes. Daher kann man nicht behaupten, daß diese Vormundschaft gemeinrechtlich heutzutage immer eine obrigkeitliche sei; vielmehr muß man eine testamentarische und gesetzliche Vormundschaft hier ebenfalls als zulässig betrachten. Auch können die Mutter und Großmutter, sowie über minderjährige Kinder und Enkel, auch über wahnsinnige und preßhafte Kinder und Enkel zu Vormünderinnen bestellt werden. Da aber außer der Mutter und Großmutter eines Pfleglings keine andere Frauensperson eine Vormundschaft führen kann, so kann auch da, wo keine Geschlechtsvormundschaft gilt und die Frauenspersonen also selbst vor Gericht auftreten können, eine Ehefrau nicht zur Vormünderin über ihren wahnsinnigen oder preßhaften Ehemann bestellt werden [820]). Dagegen ist es noch heutzutage Regel, daß Ehefrauen, welche an solchen geistigen und körperlichen Gebrechen leiden, wegen welcher andere Personen einen Vormund erhalten, aus diesem Grunde keinen besonderen Vormund bekommen, sondern es ihren Ehemännern überlassen bleibt, für sie zu sorgen, selbst da, wo keine eheliche Vormundschaft mehr gilt. — Da nach dem römischen Rechte die Nothwendigkeit eines Vormundes für Taube und Stumme nicht davon abhängt, ob sie so geboren oder erst später taub oder stumm geworden sind [821]), so kommt auf diesen Unterschied auch jetzt gemeinrechtlich hierbei nichts mehr an [822]). — In Bezug auf die Handlungsfähigkeit Geisteskranker weichen die Particularrechte häufig mit gutem Grunde darin vom römischen Rechte ab, daß auch die Handlungen, welche diese Personen zu einer Zeit, wo sie noch keinen Vormund haben, vornehmen, nicht rechtsbeständig sind [823]), und daß sie selbst in lichten Zwischenräumen sich ohne Vormund rechtsbeständig erst

---

819) Kgl. sächs. Vorm.-Ordn. v. 1782 Cap. 24, §. 2. Preuß. Landrecht Th. 2, Tit. 18, §. 341—348.

820) Leyser, Med. ad Pand. Sp. 1666. med. 17. 18. Kreitmayr a. a. O. lit. p. Damit stimmt die kgl. sächs. Vorm.-Ordn. v. 1782 Cap. 24, §. 3 überein. Anders verhält es sich nach dem Code civil art. 507.

821) Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 1, S. 142.

822) Anders ist es nach dem preuß. Landr. Th. 2, Tit. 18, §. 15—17, nach welchem nur Taub- und Stummgeborene und solche, welche vor zurückgelegtem 14. Jahre taub oder stumm geworden sind, eine Vormundschaft haben müssen, während später erst taubstumm Gewordene nur dann einen solchen erhalten sollen, wenn sie sich durch allgemein verständliche Zeichen nicht ausdrücken können und diejenigen, welchen der Mangel der Sprache und des Gehörs den Ausdruck ihrer Gedanken und die Besorgung ihrer Angelegenheiten nur erschwert, nur auf Ansuchen einen Vormund bekommen. Nach dem österr. bürgerl. Gesetzb. Art. 775 wird Taubstummen, welche nicht blödsinnig sind, nur auf ihren Wunsch ein Curator bestellt.

823) Kgl. sächs. Vorm.-Ordn. v. 1782 Cap. 24, §. 4.

nach vorgängiger Untersuchung ihres Zustandes durch den Richter oder die von diesem dazu Beauftragten verbindlich machen können[824]).

CC. Vormundschaft über Verschwender[825]).

Etwas der römischen cura prodigi Aehnliches, obschon nicht aus dem römischen Rechte geschöpft, enthalten die älteren Hamburg. Statuten[826]). Hiernach soll, wenn von mehreren Kindern, welche zusammen ein Vermögen haben, eins ein Verschwender ist und der Rath und die Verwandten dies anerkennen, das verschwenderische Kind sein Vermögen, so lange es sich nicht gebessert hat, nicht selbst verwalten, sondern die anderen wohlgerathenen Kinder sollen es mit zu verwalten haben. Diese Verwaltung ist aber keine Vormundschaft im Sinne des teutschen Rechtes, abgesehen davon, daß sie nicht Vormundschaft genannt oder mit einem ähnlichen Namen bezeichnet wird, daraus ergiebt, daß alle Geschwister das Vermögen des Verschwenders, mit Einschluß der Schwestern, zu verwalten haben, während weibliche Seitenverwandte doch niemals eine Vormundschaft führen können[827]). Ueberhaupt ist aber, wie Kraut ausgeführt hat, eine Vormundschaft nach Art der römischen cura prodigi im älteren teutschen Rechte gar nicht denkbar. Denn einestheils war in dem älteren teutschen Rechte die Vormundschaft zunächst immer eine Vertretung solcher Personen, welche nicht fähig waren, die Waffen zu führen, und nur in Folge hiervon auch zuweilen eine Vermögensverwaltung, während ein Verschwender natürlich nicht die Waffenfähigkeit verlor; anderntheils fehlte es auch, so lange das Recht der nächsten Erben an Grundstücken noch in seiner ursprünglichen Strenge bestand, an einer hinreichenden Veranlassung zur Anordnung einer besonderen Vormundschaft für einen Verschwender, da jenes Recht ihm die Verschwendung des damals wichtigsten Theiles des Vermögens unmöglich machte, und also sowohl er selbst als auch seine Erben gegen die aus einer solchen Verschwendung erwachsenden Nachtheile gesichert waren. Allerdings mußte sich dies ändern, seitdem das bewegliche Vermögen wichtiger wurde, was aber vorzugsweise nur in den größeren Handelsstädten der Fall war, und seitdem das Recht der nächsten Erben immer mehr verschwand, was gleichfalls zuerst in solchen Städten geschah. Hieraus erklärt sich, daß sich unter den, rein teutsches Recht enthalten-

824) Kgl. sächs. Vorm.-Ordn. a. a. O. §. 5.

825) Vgl. den Artikel Cura Bd. 3, S. 210—212.

826) Hamburg. Stat. v. 1270 III, 7. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 210 flg. Sie findet sich wieder in den Hamburg. Stat. v. 1292 E. VII, v. 1497 J. XXIII, in dem, Hamburger Recht enthaltenden, zweiten Theile des Cod. Hach. III. des Lüb. Rechtes Art. 275 und in dem revid. Lüb. Rechte I, 10, 5, nicht aber in den neueren Hamburg. Stat. v. 1603.

827) Schon der allgemeine Ausdruck „die anderen Kinder“ in der angeführten Stelle der Hamb. Statuten umfaßt auch die Schwestern; einige Handschriften und das revid. Lüb. Recht haben statt jenes allgemeinen Ausdrucks „sine Brodere und süstere“. Siehe bei Hach die Note 2 zu dem in der vorigen Note angeführten Art. 275 des Lüb. Rechtes.

den, Rechtsquellen des Mittelalters auch nur in den Statuten großer Handelsstädte etwas von Vorkehrungen gegen Verschwendungen findet. Als später jene Veränderung in den Bestandtheilen des Vermögens und in den Rechten daran auch anderwärts eintrat, war das römische Recht schon so weit bekannt geworden, daß man natürlich zur Erhaltung des Schutzes gegen Verschwender die im römischen Rechte vorkommenden Grundsätze von der cura prodigi annahm. Es gelten daher dieselben auch noch heutzutage als gemeines Recht in Teutschland und auch die Particularrechte enthalten wenige Abweichungen. Eine solche Abweichung ist es z. B., daß während die römische cura prodigi in einer bloßen Verwaltung des Vermögens des Verschwenders besteht, das preußische Landrecht den Vormund auch dazu verpflichtet, den Verschwender fortwährend zu beaufsichtigen, ihn zur Arbeit und nützlichen Thätigkeit anzuhalten und sich zu bemühen, ihn von seinen Fehlern möglichst zu bessern, und daß es den Vormund, wenn der Verschwender seine ausschweifende Lebensart beharrlich fortsetzt, selbst dazu berechtigt, denselben, jedoch nur unter Leitung und Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde, durch zweckmäßige Zwangsmittel zu einer ordentlichen und regelrechten Aufführung anzuhalten [828]. So zweckmäßig auch diese Vorschrift an und für sich ist, so ist sie doch in den meisten Fällen schwer ausführbar. Nicht so zweckmäßig ist die in der Bremer Gesetzgebung [829]) sich findende Abweichung vom römischen Rechte, daß, während nach diesem die Bestellung eines Curators für einen prodigus von den obervormundschaftlichen Behörden nicht blos auf Antrag Dritter, sondern auch von Amtswegen geschehen muß [830]), sie dieselbe von einem darauf gerichteten Antrage der Familienglieder abhängig macht. Denn diese werden vielleicht oft gerade da, wo die Bestellung eines Vormundes am nöthigsten wäre, aus Zartgefühl einen solchen Antrag unterlassen; auch fehlt es vielleicht ganz an Personen, welche einen solchen Antrag stellen könnten, z. B. wenn Jemand keine anderen Familienglieder hat, als minderjährige, unter seiner Gewalt stehende Kinder. Andererseits ist es sehr zweckmäßig, daß man in Teutschland in der Regel die Bestellung eines Vormundes für einen Verschwender nicht davon abhängig macht, daß Personen vorhanden sind, deren Alimentation ihm obliegt, da die Verschwendung nicht blos jenen Personen nachtheilig ist, sondern auch das Gemeinwesen in die Gefahr bringt, den Verschwender dereinst unterhalten zu müssen.

DD. Vormundschaft über Abwesende [831]).

In Teutschland kommt eine eigenthümliche von der römischen

828) Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 18, §. 349, 350.

829) Brem. Vorm.-Ordn. v. 1820 §. 110.

830) L. 1 pr. D. 27. 10. Anders ist die Sache aufgefaßt in dem Artikel Cura Bd. 3, S. 211.

831) Vgl. den Artikel Cura Bd. 3, S. 219 flg., Verschollenheit Bd. XII, S. 693 flg.

wesentlich abweichende cura absentis vor, welche man im Gegensatze zu jener die teutsch-rechtliche nennen kann. Das Wesentliche derselben besteht darin, daß sie nicht bei jeder Abwesenheit eintritt, sondern nur dann, wenn der Abwesende als verschollen betrachtet werden kann, d. h. wenn von dessen Leben in seinem letzten bekannten Wohnorte seit langer Zeit keine Nachricht eingegangen ist, und ferner darin, daß immer die präsumtiven nächsten Erben des Verschollenen, sie seien nun seine Intestat-, Testaments- oder Vertragserben, auf dieselbe Anspruch machen können, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Anzahl, ihr Geschlecht und ohne Rücksicht darauf, ob sie sonst eine Vormundschaft zu führen im Stande sind, sogar dann, wenn sie selbst unter Vormundschaft stehen, welchenfalls ihr Vormund zugleich die Vormundschaft des Abwesenden mit zu besorgen hat, und endlich darin, daß der Curator das Vermögen des Verschollenen immer wieder herausgeben muß, wenn dieser später zurückkehrt oder ein anderer ein näheres Erbrecht zur Zeit des definitiven Erbanfalles darthut. Ueber alles noch sonst bei ihr in Betracht Kommende ist bisher noch kein Einverständniß unter den Juristen, soviel auch über diesen Gegenstand geschrieben worden ist [832]). Auch das ist noch Gegenstand des Zweifels, ob sie eine gemeinrechtliche Bedeutung hat oder blos als ein particularrechtliches Institut anzusehen ist. Dagegen ist man darin einverstanden, daß sie ebensowenig wie die römische cura absentis dann vorkommen kann, wenn der Abwesende einen gehörig Bevollmächtigten zurückgelassen hat. Als die hauptsächlichsten Streitfragen sind folgende hervorzuheben. Es ist nämlich 1) bestritten, ob die teutsch-rechtliche cura absentis eine sog. successio anticipata sei, welche nur durch den Eintritt einer Resolutivbedingung, nämlich das Wiedererscheinen des Verschollenen, oder dadurch, daß ein Anderer darthut, daß derselbe schon vorher, ehe der sog. Vormund die Succession angetreten habe, gestorben sei und daraus ein näheres Erbrecht ableitet, wieder unwirksam gemacht werden könne oder ob sie als eine sog. successio conditionata zu betrachten sei, d. h. als eine Uebernahme des Vermögens des Verschollenen, welche nur unter der Bedingung, daß der Abwesende nicht zurückkehrt und der curator absentis auch noch zur Zeit des definitiven Erbanfalles dessen nächster Erbe ist, in eine eigentliche Erbschaft übergehen kann. Nicht weniger streitig ist 2) ob nach dem Tode des Curators die Curatel jedesmal auf dessen Erben über-

832) Siehe die Literatur bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 260, N. 19. Hinzuzufügen sind noch: Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, Nr. IV (Ueber die von einem Verschollenen hinterlassene Erbschaft) und Nr. V (Von der einem Verstorbenen vor erfolgter Todeserklärung deferirten Erbschaft). Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 4, Nr. XI (Mehrere Rechtsfragen, die Curatel über Abwesende betreffend, insonderheit über Todeserklärung). Volley, vermischte jurist. Aufsätze Bd. 1, Nr. III (Giebt es eine Rechtsvermuthung für das Leben eines Verschollenen? und, selbst wenn es eine solche geben sollte, kann für ihn eine Erbschaft erworben werden?). Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes §. 62—67, Bd. 2, S. 217—266.

gehe oder auf diejenigen, welche zur Zeit des Todes des Vormundes die nächsten Erben des Abwesenden sind, so daß jene auf die Curatel also nur dann Anspruch haben, wenn sie zugleich diese Eigenschaft in sich vereinigen. Endlich ist 3) bestritten, ob der Curator die Nutzungen des Vermögens des Abwesenden für sich selbst beziehe und erwerbe oder sie zu Kapital machen und wenn er später das Vermögen wieder an Andere herausgeben muß, sie denselben mit diesem zu restituiren habe. Zur Entscheidung dieser Streitfragen bedarf es einer Untersuchung des Princips, auf welchem diese teutsch-rechtliche Vormundschaft über Abwesende beruht, und zur Auffindung desselben muß man ihren Ursprung erforschen. Als Quelle dieser teutsch-rechtlichen Vormundschaft betrachtet Pfeiffer, welchem Glück hierin sowie überhaupt in dieser Lehre ganz folgt, den Gerichtsgebrauch und führt als Hauptrepräsentanten desselben Carpzov und Brunnemann an, theils weil gerade diese beiden Juristen bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts das größte Ansehen in der Praxis genossen hätten, theils weil dieselben, und insbesondre Carpzov, fast von sämmtlichen späteren Juristen, sowohl zur Bestärkung ihres eigenen Zeugnisses, als auch zur Begründung der von ihnen mitgetheilten Rechtssprüche angesehener Gerichte, angeführt worden seien[833]). Allein diese Ansicht ist mit Kraut für irrig zu halten. Weder Carpzov noch Brunnemann bezeugen einen bloßen Gerichtsgebrauch. Vielmehr beruft sich der erstere für das Dasein jener Vormundschaft ausdrücklich auf eine generalis horum aliorumque multorum locorum consuetudo[834]), und der letztere sagt, daß sie moribus nostris begründet und consuetudine approbata sei[835]). Hätten sie an einen bloßen Gerichtsgebrauch gedacht, so hätten sie sich so nicht ausdrücken können. Dennoch ließe sich der Gerichtsgebrauch als Quelle des in Frage stehenden Institutes betrachten, wenn sie einen bloßen Gerichtsgebrauch fälschlich ein Gewohnheitsrecht genannt oder sich überhaupt geirrt hätten und der von ihnen bezeugte Grundsatz schon zu ihrer Zeit weder im Gewohnheitsrechte, noch nach dem Gerichtsgebrauche existirt hatte, sondern ein solcher erst durch unbedachtsames Nachsprechen ihrer Behauptung von Seiten anderer Juristen und demgemäß ertheilte Entscheidungen der Gerichte hervorgebracht wäre. Allein weder das Eine, noch das Andere ist denkbar. Eine doctrinelle Meinung kann zwar unbedachtsam nachgesprochen werden, nicht aber eine Behauptung über etwas thatsächlich Vorhandenes, wo jeder sich überzeugen kann, daß dieses wirklich nicht existirt. Man muß also annehmen, daß der von ihnen bezeugte Satz schon zu ihrer Zeit im Gewohnheitsrechte begründet war. Schwerlich hat sich aber dieses Gewohnheitsrecht erst damals und überhaupt erst nach der Aufnahme des

833) Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 2, S. 236—240.

834) Carpzov, Iurispr. for. P. III. const. 15. def. 48. nr. 2. 8. und Responsa Lib. V. resp. 83.

835) Brunnemann, Comm. in Pand. L. 42. Tit. 7. L. 2. nr. 16.

römischen Rechtes gebildet, da keine Veranlassung dazu einzusehen ist, vielmehr seitdem in der römischen cura absentis ein Institut vorhanden war, welches dem Bedürfnisse, den Abwesenden ihr Vermögen zu erhalten, abhalf. Schon aus diesem Grunde müßte man nothwendig annehmen, daß die teutsch-rechtliche Vormundschaft über Abwesende schon in dem älteren Rechte ihre Grundlage hatte, wenn auch dessen geschriebene Quellen nichts darüber enthalten sollten. Wenn nun auch diese Quellen allerdings nichts darüber enthalten, so gewähren sie doch einen Anhaltepunkt, aus welchem man die nöthigen Schlüsse ziehen kann. Einen solchen gewähren die in der Note angeführten Stellen der Quellen [836]). Aus diesen Stellen ergiebt sich, daß nach dem älteren teutschen Rechte derjenige, welcher ein Erbrecht an einem Nachlasse geltend machen wollte, wenn er nicht mit Einem, welcher ein näheres Erbrecht behauptete, in Collision kam, niemals zu beweisen hatte, daß er unbedingt der nächste Erbe des Verstorbenen war, sondern daß es hinreichte, wenn er nur den Tod des Erblassers und dann seine Verwandtschaft zu diesem und den Grad derselben beschwor. Er hatte aber, wenn er schon auf Grund dieses Eides die Erbschaft erlangen wollte, Sicherheit zu leisten, daß er, wenn sich binnen Jahr und Tag ein näherer Erbe zu der Erbschaft ziehen sollte, er sie demselben herausgeben werde [837]). Diese Sicherheit mußte nach Sachsenrechte als Realcaution durch Verpfändung von Grundstücken bestellt werden; nach anderen älteren Rechten, z. B. nach denen der Städte Lübeck und Soest, genügte eine Sicherheitsleistung durch Bürgen [838]). Die bestellte Sicherheit wurde, wie sich aus denselben Stellen ergiebt, immer nach Jahr und Tag, von dem Augenblicke an gerechnet, wo sich der Erbe in den Besitz der Erbschaft gesetzt hatte, wieder frei. Die Erbschaft selbst behielt aber dieser nach Ablauf jener Frist nicht immer unbedingt, da, wenn den näheren Erben echte Noth verhindert hatte, seine Ansprüche während der Frist geltend zu machen, er sie auch später noch erheben durfte [839]). Als echte Noth galt namentlich die Abwesenheit, sobald der Abwesende deshalb den Anfall der Erbschaft nicht erfahren hatte [840]), aber nicht die Abwesenheit aus dem Gerichtssprengel, sondern aus einem

836) Goslar. Stat. S. 14, Z. 19 flg. (womit das Rechtsb. nach Distinct. I, 28, 1 übereinstimmt). Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme VI, S. 91, Nr. 3. (S. 129, Nr. 3. Magdeb. Fragen I, 7, 4. Alt. Culm. Recht 4, 86.) Magdeb. Schöffenurth. ebendas. (Magdeb. Fragen I, 7, 5. Alt. Culm. Recht 4, 87.) Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 222, 223.

837) So wurde auch in Lübeck verfahren, wie sich aus einer Menge den Stadtbüchern entnommenen Urkunden bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 3, S. 139 flg. ergiebt.

838) Aude Schrae von Soest Art. 60. (Emminghaus p. 157.) Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 3, S. 138.

839) Schwabensp. 29, Z. 9 flg. (274, 6).

840) Schwabensp. a. a. O. Z. 11 flg. (274, 7). Augsburg. Stat. 235. (Walch Bd. 4, S. 237.)

größeren Bezirke, nach unserer jetzigen Ausdrucksweise, außerhalb Landes[841]). Aber auch ein solcher Abwesender mußte nach sächsischem Rechte mit seinen Ansprüchen binnen 30 Jahren, Jahr und Tag hervortreten, wenn er ihrer nicht ganz verlustig gehen wollte[842]). Das Resultat ist, daß nach älterem teutschen Rechte ein Abwesender so lange als todt behandelt wurde, bis er wieder erschien. Denn sonst hätte nicht der nächste Erbe des Verstorbenen nach ihm die Erbschaft an sich nehmen dürfen, sondern diese hätte an seine, des Abwesenden, Erben fallen müssen, da das ältere teutsche Recht bekanntlich zum Erwerbe einer Erbschaft keine Antretung derselben verlangt, sondern die Erbschaft nach dem Grundsatze: „der Todte erbt den Lebendigen", auf den nächsten Erben, welchem sie anfällt, ohne weiteres übergeht. Wurde nun aber ein Abwesender bis zu seinem Wiedererscheinen als todt behandelt, so konnten natürlich seine Erben auch fordern, in den Besitz des von ihm zurückgelassenen Vermögens, als seines präsumtiven Nachlasses, gesetzt zu werden, mußten dann aber natürlich auch, wie der entferntere Erbe, welcher die Erbschaft verlangt, stets Sicherheit leisten, daß sie, wenn er bis zu einer gewissen Zeit wieder erscheinen oder ein Anderer ein näheres Erbrecht beweisen werde, dem Einen oder dem Anderen das an sich genommene Vermögen wieder herausgeben würden[843]). Jedoch hatten sie zu diesem Zwecke ohne Zweifel nicht blos die gewöhnliche Abwesenheit, sondern die Verschollenheit ihres Erblassers zu beweisen, weil, wenn ihnen dessen Aufenthaltsort, oder daß er überhaupt noch lebe, bekannt war, sie sich nicht in gutem Glauben befunden haben würden. Der Zeitraum, innerhalb dessen der Verschollene sein Vermögen wieder zurückverlangen konnte, war nach dem oben Angeführten nach Sachsenrechte in diesem Falle wohl immer die Frist von 30 Jahren, Jahr und Tag, und auf diese Zeit mußte auch die Sicherheit bestellt werden. Erschien der Verschollene nach Ablauf derselben wieder, so konnte er doch nie die Herausgabe seines Vermögens fordern, da seine Rechte

841) S. z. B. Augsb. Stat. a. a. O. Sächs. Distinct. bei Pölman II, 1, 15 (vgl. verm. Sachsensp. (Böhme) I, 28, 1. Bayer. Landr. bei Heumann p. 55.

842) Sächs. Distinct. bei Pölman II, 1, 15 a. E. (Rechtsb. nach Distinct. I, 34, 1.) Anders verhielt es sich nach schwäb. Rechte. Denn der Schwabensp. 31. 3. 1 flg. (276, 1) stellt den Satz auf: „Daz riche u. die swabe mugen sich nimmer versumen an ir erbe, daz si irziugen mugen." Zwar soll nach einer anderen Stelle desselben Rechtsbuches, Cap. 372 (287, 4—7) der Richter, welcher einen Nachlaß als präsumtives erbloses Gut eingezogen hat, wenn der Erbe gefangen oder in des Reiches Dienst gefahren oder auf einer Wallfahrt außer Landes begriffen ist, denselben erst nach Ablauf von 30 Jahren, Jahr und Tag in seinen Nutzen verwenden, und dasselbe gilt ohne Zweifel auch dann, wenn ein entfernterer Erbe Besitz von der Erbschaft ergriffen hat. Diese Stelle ist aber ein späterer Zusatz, von welchem es ungewiß ist, ob er schwäbisches Recht enthält.

843) So wurde namentlich auch in Lübeck verfahren, wie sich aus einer Lüb. Oberstadtbuch-Inscription von 1373 bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 3, S. 133 ergiebt.

daran wahrhaft verjährt waren. Daraus, daß der Verschollene vorläufig als todt galt, folgt auch, daß die Nähe des Erbrechtes sich nothwendig nach dem Zeitpunkte richten mußte, wo er als verschollen angesehen werden konnte. Daher hatte der im Besitze seines Vermögens befindliche Erbe dasselbe natürlich niemals an einen solchen herauszugeben, dessen Erbrecht erst entstanden war, nachdem er schon den Besitz desselben ergriffen hatte. In Beziehung auf die oben aufgeworfenen Fragen ergiebt sich hieraus: 1) daß der Besitz des Vermögens des Abwesenden von Seiten seines Erben eine successio anticipata, nicht eine successio conditionata war. Denn jener besaß das in Besitz genommene Vermögen bis zum Eintritte jener Resolutivbedingung, also bis dahin, daß innerhalb des angegebenen Zeitraums entweder der Abwesende zurückkehrte oder ein Anderer ein näheres Erbrecht bewies, als wahrer Erbe; ferner 2) daß, wenn der Inhaber des Vermögens stirbt, das Vermögen auf seine nächsten Erben mit derselben Resolutivbedingung, unter welcher er dasselbe besaß, nicht aber auf diejenigen, welche dann die nächsten Erben des Verschollenen sind, übergeht; endlich 3) daß, da der Erbe das Vermögen als Erbe, also in eigenem Namen besitzt und es nur unter einer gewissen Bedingung wieder herauszugeben hat, er dasselbe, so lange diese Bedingung nicht eingetreten ist, nicht für den Abwesenden aufbewahrt und noch weniger verwaltet, mithin auch die Früchte in der Zwischenzeit für sich zieht. Hiermit vertrüge es sich jedoch noch immer, daß, wenn der Verschollene während der bestimmten Frist wieder erschiene, sein Erbe ihm die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte wieder herausgeben oder die schon aufgezehrten erstatten müßte. Denn sowie in diesem Falle anzunehmen ist, daß der Verschollene in der Zwischenzeit immer Herr seines Vermögens geblieben sei, obschon ein Erbe dasselbe in eigenem Namen besaß, so wäre es auch denkbar, daß er durch seine Abwesenheit sein Recht auf die Früchte aus seinem Vermögen nicht verloren hätte. Alles hängt hier davon ab, welche Grundsätze das teutsche Recht in Bezug auf die von einem bonae fidei possessor, welchem die Sache später durch Vindication abgefordert wird, gezogenen Früchte hat, indem der Erbe als ein solcher in der Zwischenzeit ohne Zweifel zu betrachten ist. In dieser Beziehung kommt der Satz des teutschen Rechtes in Betracht, daß, wer aus einem rechtlichen Grunde die Gewere eines Gutes ohne Anwendung widerrechtlicher Gewalt erhalten hat, nicht gezwungen werden kann, das aus demselben Gewonnene zurückzugeben oder auch zu ersetzen, wenn er sich nur der Vertretung des Gutes vor Gericht nicht geweigert hat[844]. Dies gilt in Bezug auf alle, von ihm während der Zeit, wo er sich im Besitze des Gutes befand, bereits gezogenen Früchte. Als bereits gezogen sind nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes in Gemäßheit des Sprüchwortes:

---

844) Sächs. Landr. B. 2, Art. 44, §. 2. Richtst. Landr. Cap. 16 a. E. Cap. 27 a. E.

„Wer säet, der mähet," aber auch alle diejenigen anzusehen, für welche vor Erhebung der Klage die Bestellungsarbeit bereits vollendet ist, sollten sie sich auch noch auf dem Felde befinden [845]). Wird aber der Besitzer, während er noch mit der Arbeit beschäftigt ist, verklagt, so gebühren die aus derselben hervorgehenden Früchte nicht ihm, sondern dem Kläger, so daß er von diesem nicht einmal Vergütung für die bereits gethane Arbeit fordern kann [846]). — Es ließe sich aber nicht rechtfertigen, wenn man deshalb, weil dieses Institut in dem älteren Rechte wurzelt, ohne weiteres annehmen wollte, daß es dieselbe Natur, welche es in diesem hatte, auch noch jetzt haben müsse, da sich die ursprüngliche Natur vieler älterer teutscher Institute im Laufe der Zeit, namentlich seit Einführung des römischen Rechtes, wesentlich geändert hat. Dies ist aber auch bei dem vorliegenden Institute der Fall. Das römische Recht hat nämlich einen Grundsatz, welcher dem Grundsatze des älteren teutschen Rechtes, auf welchem in demselben dieses Institut beruhte, geradezu widerstreitet, nämlich den, daß, so lange der Tod einer Person noch nicht bewiesen ist, von einer Beerbung derselben nicht die Rede sein kann, und dieser römische Grundsatz hat in Teutschland gemeinrechtliches Ansehen. Dennoch wäre es zwar denkbar, daß dieser Grundsatz unseren heutigen Rechtszustand nicht so durchdrungen hätte, daß nicht ein einzelnes, auf einem davon abweichenden Princip beruhendes Institut daneben fortbestehen könnte. Allein es haben nicht nur die Juristen diesen römischen Grundsatz von jeher auch auf den vorliegenden Fall angewendet und also angenommen, daß ein Verschollener noch nicht als todt behandelt werden könne [847]), sondern es ist auch dadurch eine ganz neue Einrichtung, welche das ältere Recht nicht kannte und nicht kennen konnte, entstanden. Da nämlich die Beerbung bis dahin, daß der wirkliche Tod des Verschollenen feststand, suspendirt war, und bei manchen Abwesenden ihr Tod natürlich niemals erweislich ist, so mußte bald das Bedürfniß gefühlt werden, diesen Zustand der Ungewißheit irgend einmal aufhören zu lassen. Das Mittel, wodurch nach dem älteren teutschen Rechte die Ungewißheit des Besitzers der Erbschaft, ob er dieselbe werde wieder herausgeben müssen oder nicht, beendigt wurde, nämlich die gänzliche Ausschließung der Ansprüche des Abwesenden oder dessen näherer Erben, wenn sie sich binnen einer bestimmten Frist nicht gemeldet hatten, war zu diesem Zwecke nicht tauglich, weil dasselbe voraussetzte, daß der Inhaber des Vermögens es als Erbe besitzt, wovon ja jetzt nicht mehr die Rede sein konnte. Man half sich daher nur dadurch, daß man bei dem Eintritte eines gewissen Zeitpunktes den Tod des Verschollenen ver-

845) Sächs. Landr. B. 3, Art. 76, §. 3—5. Schwabensp. 129 (342). Sächs. Landr. B. 2, Art. 58, §. 2. Schwabensp. 181, Z. 9 flg. (339, 2). Vgl. den Artikel Ususfructus Bd. XI, S. 897 flg.

846) Sächs. Landr. B. 2, Art. 46, §. 1. Vgl. Heimbach iun., die Lehre von der Frucht S. 297—304.

847) Schon Hartm. Pistoris, obs. 103. hat dies ausgeführt.

muthete. In dieser Beziehung wurde von den Juristen eine Zeit lang angenommen, daß das Fortleben des Verschollenen bis zu dem Augenblicke vermuthet werden müsse, wo er 100 Jahre alt geworden sein würde, weil das römische Recht den einer juristischen Person vermachten Nießbrauch so lange dauern läßt, unter Beifügung des Grundes: quia is finis vitae longae vi hominis est[848]). Dagegen behaupteten Andere mit Recht, daß aus der Möglichkeit der Erreichung eines solchen Alters sich noch nicht die Wirklichkeit der Erreichung desselben vermuthen lasse, da dies nicht nur der Erfahrung widerstreiten würde, sondern auch dem göttlichen Rechte zuwider sei, indem es Psalm 90, V. 10 ausdrücklich heiße: „Unser Leben währet siebenzig Jahre." Auf Grund dieser Stelle des Psalters wurde daher angenommen, der Tod eines Verschollenen sei in dem Augenblicke zu vermuthen, wo von dem Tage seiner Geburt an das siebenzigste Jahr abgelaufen sei. Diese Ansicht ist schon in mehreren von Carpzov[849]) angeführten Erkenntnissen des Leipziger Schöppenstuhles von 1600, 1620 und 1629 ausgesprochen und hat allmälig immer mehr Geltung gewonnen, so daß Theoretiker und Praktiker den auf ihr beruhenden Gerichtsgebrauch schon seit längerer Zeit als den gemeinrechtlichen betrachten. Stehen jedoch die Umstände dieser Vermuthung geradezu entgegen, z. B. wenn Jemand erst nach dem 70. Lebensjahre verschollen ist oder erst kurz vor dessen Vollendung seine Heimath verlassen hat, so ist der Richter, wie nicht bezweifelt wird, zu einem späteren Zeitpunkte den Tod des Verschollenen zu präsumiren berechtigt. Bedenklicher ist es, dem Richter ohne besondere Gesetzgebungen zu verstatten, zu einem früheren Zeitpunkte den Tod des Verschollenen zu vermuthen, sobald die Umstände sein Ableben schon vor dem 70. Jahre wahrscheinlich machen, namentlich erweislich ist, daß er sich in einer augenscheinlichen Lebensgefahr befunden habe. In Ermangelung eines festen Anhaltepunktes in solchen Fällen würde hier zu viel der Willkür des Richters überlassen werden. Ist das Lebensalter des Verschollenen unbekannt, dann muß allerdings dem Richter verstattet sein, auf Grund der sonstigen thatsächlichen Verhältnisse eine Vermuthung für den Tod anzunehmen. Die Gesetzgebungen haben theils den von dem Gerichtsgebrauche angenommenen Zeitpunkt für die Präsumtion des Todes anerkannt und ihn nur unter gewissen Voraussetzungen modificirt[850]), theils aber auch ganz andere Termine dafür eingeführt[851]). — Da in dem Augenblicke, wo von der Geburt des

848) L. 56. D. 7. 1. L. 8. D. 33. 2. S. Hartm. Pistoris, obs. 103. nr. 14. Carpzov, Jurispr. for. P. III. const. 15. def. 57. nr. 3. 4. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Schon 1611 hat der Leipziger Schöppenstuhl nach dem letzteren so erkannt.

849) Carpzov l. c. nr. 11.

850) Eine Reihe solcher Gesetzgebungen führt an Kraut §. 63, N. 26, Bd. 2, S. 233 flg.

851) Eine Menge particularrechtlicher Bestimmungen darüber führt an

Verschollenen an das 70. Jahr abgelaufen ist, sowie auch bei Eintritt der kürzeren im Particularrechte bestimmten Zeitpunkte der Tod des Verschollenen nur vermuthet wird, so steht natürlich Jedem der Beweis frei, daß dessen Tod zu einer anderen Zeit erfolgt sei, sowie auch selbstverständlich diese Präsumtion nicht mehr gelten kann, wenn sie durch das Wiedererscheinen des Verschollenen widerlegt wird. Es kann also, so lange noch nicht entweder der wirkliche Tod des Verschollenen dargethan oder der Zeitpunkt, wo derselbe vermuthet wird, eingetreten ist, noch von keiner definitiven Beerbung desselben, welche nur unter der Resolutivbedingung, daß er wieder erschiene, wieder aufhören könnte, die Rede sein. Vielmehr verhält sich der Eintritt jenes Zeitpunktes wie eine Suspensivbedingung, d. h. es kann erst bei dem wirklichen oder präsumtiven Tode des Verschollenen dessen Beerbung eintreten. Die ganze Auffassung des Institutes hatte sich mithin jetzt verändert, und während die Erbfolge in das Vermögen eines Verschollenen früher eine successio ex tunc und also eine successio anticipata gewesen, war sie nunmehr zu einer successio ex nunc und mithin zu einer successio conditionata geworden. Aus dieser Auffassungsweise folgt nothwendig, daß, so lange der Tod des Abwesenden noch nicht bewiesen oder der Zeitpunkt, wo derselbe vermuthet wird, noch nicht eingetreten ist, der Erbe desselben dessen Vermögen nur als ein fremdes besitzen kann und daß er es nur dann behält, wenn er auch noch zur Zeit des wirklichen oder vermutheten Todes des Abwesenden der nächste Erbe desselben ist. Hieraus erklärt und rechtfertigt es sich auch, daß die Juristen, welche aus dem römischen Rechte die cura absentis kannten, ihn nur als einen Vormund für den Abwesenden ansahen und, soweit es möglich war, das Verhältniß desselben nach den Grundsätzen des römischen Rechtes über jene cura zu beurtheilen suchten. Streng genommen würde davon die Folge gewesen sein, daß man von nun an kein unbedingtes Recht der nächsten Erben auf jene Vormundschaft mehr hätte anerkennen können. Daß dies aber doch geschah, erklärt sich daraus, daß jenes Recht so fest in dem Volksrechte begründet war, daß die veränderte Auffassungsweise, welche die Juristen von demselben hatten, es nicht mehr ändern konnte, sondern sich vielmehr an das anschließen mußte, was einmal in der Volksüberzeugung unerschütterlich feststand. Die Grundlage dieses Institutes, das äußerlich in die Augen Fallende, blieb also unverändert, und nur die juristische Beurtheilung dessen, was sich im Leben vorfand, wurde eine andere. Hieraus erklärt sich, daß die Juristen die Grundsätze von der Vormundschaft auf jenes Institut immer nur soweit haben anwenden können, als sie mit dem, was darin eigentliches Volksrecht war, verträglich waren, und daß, wenn sie weiter gehen wollen, dies

---

Kraut a. a. O. N. 27, Bd. 2, S. 234, 235. Die Bestimmungen der Gesetzgebungen der Länder sächsischen Rechtes sind zusammengestellt in Heimbach sen., Lehrb. des sächs. Privatr. §. 76. Bd. 1, S. 124 flg. Bd. 2, S. 21 flg.

meistens keinen Eingang in der Praxis gefunden hat. Sowie aber die Juristen den nächsten Erben des Verschollenen das Recht selbst, den Besitz des von diesem zurückgelassenen Vermögens verlangen zu können, durch ihre veränderte Auffassungsweise nicht entziehen konnten, so vermochten sie anfangs ohne Zweifel auch nicht, an dem wesentlichen Inhalte dieses Rechtes etwas zu ändern, welcher nach dem Obigen darin bestand, daß die Erben, so lange sie den Besitz jenes Vermögens hatten, auch die Früchte daraus beanspruchen durften. Denn dieser Anspruch mußte ebenso, wie der auf den Besitz, in der Volksüberzeugung festwurzeln, weil er das eigentlich Wesentliche bei der Sache war. Indessen vertrug er sich doch mit den Ansichten der Juristen von einer bloßen Vormundschaft, welche den nächsten Erben zustehe, sowenig, daß fortwährend die Meisten behauptet haben, die Erben des Abwesenden, da sie dessen Vermögen nur als Vormünder besäßen, dürften die daraus hervorgehenden Früchte nicht für sich ziehen, sondern müßten dieselben zum Kapital schlagen und sie also später dem Abwesenden oder dessen näheren Erben auf deren Verlangen gleichfalls herausgeben, selbst dann, wenn sie in der Zwischenzeit den Kapitalbetrag des Vermögens überschritten haben sollte. Auch hat diese Behauptung allmälig in der Praxis wirklich Eingang gefunden [852]) und ebenso auf die Gesetzgebung einiger Länder Einfluß gehabt [853]). Es hat indessen immer nicht an Juristen gefehlt, welche den Erben einen Anspruch auf die Früchte aus dem zurückgelassenen Vermögen ihres verschollenen Erblassers zugestanden haben [854]), und es ist dieser Grundsatz auch in mehreren Gesetzgebungen ausdrücklich anerkannt [855]). Da nach dem Obigen dies allein der Gestalt entspricht, welche dieses Institut seit der Einführung des römischen Rechtes angenommen hat, so muß man es mit Kraut als das Gemeinrechtliche betrachten. Indessen folgt daraus, daß der Curator bei der teutsch-rechtlichen Vormundschaft über Abwesende hiernach noch heutzutage die Früchte zieht, noch nicht, daß bei späterer Herausgabe ihm, wie im älteren Rechte, auch jetzt noch alle diejenigen zukommen, für deren Erzeugung er bereits die nöthige Arbeit vollendet hat. Denn dies hing im älteren Rechte mit dessen Grundsätzen über den Fruchterwerb überhaupt zusammen, über welchen aber heutzutage ge-

852) Z. B. in Würtemberg, wo nach einer Verfügung des Justizministeriums v. 20. Dec. 1822 die von den Vormündern des Abwesenden zu bestellende Caution wenigstens der Summe des Grundstockes des Vermögens und der Zinsen davon bis zu der Zeit, wo der Verschollene das 70. Jahr erreicht, gleichkommen soll.

853) Z. B. Verordnung wegen der Abwesenden für Holstein und Schleswig v. 9. Nov. 1798 §. 5.

854) Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 47. med. 2. Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 2, S. 249 flg. Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 285 flg.

855) Beispiele solcher Gesetzgebungen führt an Kraut §. 63, N. 36, Bd. 2, S. 238—240. Hinzuzufügen sind mehrere Gesetze der Länder sächsischen Rechtes. Vgl. Heimbach sen., Lehrb. des sächs. Privatr. §. 76.

meinrechtlich die Grundsätze des römischen Rechtes entscheiden. Im übrigen ist, da es hier nur der Darstellung des Ursprunges der teutschrechtlichen Vormundschaft über Abwesende und der allmäligen Veränderungen derselben galt, auf den Artikel Verschollenheit zu verweisen [856]).

EE. Geschlechtsvormundschaft.

1) Ueber unverheurathete Frauenspersonen. — a) Aelteres Recht. Der Ausdruck Geschlechtsvormundschaft bezeichnet die Vormundschaft über solche Frauenspersonen, welche nicht mehr unter der Altersvormundschaft oder in väterlicher Gewalt stehen. Nur soweit hat sie etwas Eigenthümliches, indem jene sowohl wie diese bei beiden Geschlechtern gleiche Wirkungen hervorbringt. Die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen ist aber in manchen Stücken von der über Ehefrauen unterschieden. Daher sind beide abgesondert zu behandeln, zuvörderst die erstere. Die Geschlechtsvormundschaft mußte schon seit der Zeit, wo der Staatsschutz den Familienschutz ersetzte, und also die Frauenspersonen zur Ausübung von Rechten vor Gericht keine männlichen Vertreter nothwendig mehr brauchten, ihre innere Nothwendigkeit und Bedeutung verlieren. Daher verschwindet sie in manchen Gegenden Deutschlands schon früh. Namentlich scheint sie in den Gegenden des fränkischen und bayerischen Rechtes schon im Mittelalter gänzlich verschwunden zu sein, wenn sie überhaupt diesen Rechten jemals bekannt gewesen sein sollte [857]). Aber auch da, wo sie sich erhielt, erlitt sie doch so mannigfache Milderungen, daß die Rechtsquellen der mittleren Zeit nur noch Ueberbleibsel des ursprünglichen Institutes enthalten [858]). Ueberall, wo sich im Mittelalter Geschlechtsvormundschaft findet, ist sie zwar noch in der processualischen Vertretung der Frauenspersonen durch den Geschlechtsvormund wirksam; es finden sich aber auch in dieser Beziehung Abweichungen in den verschiedenen Rechten. Nach einigen nämlich können Frauenspersonen überhaupt nicht ohne Vormund vor Gericht klagen und antworten. Dieser Grundsatz findet sich im Sachsenspiegel, im Magdeb. Rechte, im vermehrten Sachsenspiegel, im Schwabenspiegel und in mehreren Stadtrechten [859]). Daß sich schon damals das Anden-

---

856) Der Hauptschriftsteller ist Kraut, §. 62—67, Bd. 2, S. 217—266.

857) Denn die L. Sal. Tit. 47. L. Ripuar. 35. 3. L. Baiuv. Tit. 7. cap. 8—11. cap. 14 §. 1. cap. 15. ergeben dies wenigstens nicht mit Bestimmtheit.

858) Eine solche Milderung war, daß hier und da unverheurathete Frauenspersonen nur dann einen Geschlechtsvormund annehmen mußten, wenn der Stadtrath oder die Verwandten überzeugt waren, daß sie selbst mit ihrem Vermögen nicht gehörig zu wirthschaften verständen. Dies findet sich z. B. in den Dortmunder Statuten bei Meyer und Erhard, Zeitschr. Bd. 3, S. 316, 192, u. 340, 65. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 268, N. 3.

859) Sächs. Landr. B. 1, Art. 46. B. 2, Art. 60, §. 1. — Magdeb. Recht v. 1304 §. 131 (bei Gaupp S. 314). — Verm. Sachsensp. I, 42, 9. (Rechtsb.

ken an den ursprünglichen Grund dieser Unfähigkeit, selbstständig vor Gericht aufzutreten, sehr verloren hatte, ergiebt sich daraus, daß in der zweiten der in der Note angeführten Stelle des Sachsenspiegels dies mit der bekannten, in L. 1. §. 5. D. 3. 1 erwähnten Geschichte von der Carphania, welche im Sachsenspiegel Calefurnia heißt, in Verbindung gebracht, in der ersten aber als Grund jener Unfähigkeit angeführt wird: „Durch daz man sie nicht verzeugen mag, das sie vor gerichte sprechen oder tun,“ und es ebenso im Schwabenspiegel in der ersten in der Note angeführten Stelle in dieser Beziehung heißt: „Daz ist da von gesezet, daz sie bezer reht habent danne die man; swaz si vor gerichte sprechent daz in schade ist, daz si des nieman überziugen mac ob sie lougent.“ Unter diesen Umständen ist es nicht auffällig, daß nach anderen Rechten des Mittelalters es nicht so nothwendig der Zuziehung des Geschlechtsvormundes bei gerichtlichen Klagen der Frauenspersonen bedarf. So hat z. B. schon nach den ältesten Soester Statuten aus dem ersten Viertel des 12. Jahrhunderts eine Frauensperson nur in den echtes Eigenthum oder Leibeigene betreffenden Sachen zur Klage einen Vormund nöthig, bedarf aber bei allen anderen Klagen eines solchen nicht[860]. Ferner haben scheinbar die Worte der Goslar. Statuten: „Meghede u. wif scolen Vormunde hebben an irer klage,“ bei dem ersten Blicke ganz denselben Sinn, wie die fast gleichlautenden des Sachsenspiegels (B. 1, Art. 46). Allein die Vergleichung dieser Stelle mit anderen Stellen derselben Statuten ergiebt, daß die scheinbar unbedeutende Abänderung der Worte des Sachsenspiegels in ihnen zu dem Zwecke vorgenommen ist, um ein ganz anderes Princip auszudrücken, als das im Sachsenspiegel enthaltene. Es gestattet nämlich eine andere Stelle dieser Statuten selbst einer Ehefrau unter gewissen Voraussetzungen, sogar Civilklagen ohne Zuziehung ihres Ehemannes zu erheben[861]), und in einer dritten Stelle wird ausdrücklich gesagt, daß, wenn Mädchen oder Weiber verklagt werden, es in ihrem Willen stehe, ob sie sich durch einen Vormund vertheidigen lassen oder selbst auf die Klage antworten wollen. Aber auch, wenn sie ersteres vorziehen, müssen sie doch auf die Klage selbst antworten, sobald sie den Vormund nicht wenigstens innerhalb sechs Wochen stellen[862]). In einigen Fällen, welche keinen Verzug leiden, erhalten sie nicht einmal eine solche Frist, sondern sie müssen in diesen, wenn der Vormund nicht gleich zur Hand ist, selbst auf die Klage antworten[863]). Im wesentlichen stimmen damit auch die alten Erfur-

---

nach Distinct. I, 49, 11.) VI, 4, 13. — Schwabensp. 59, Z. 5 flg. (313, 4 flg.) 203 (366, 1—3). — Hamburg. Stat. v. 1270 V, 3 v. 1292 O. 3, v. 1497 O. 3.

860) Soester (lateinische) Stat. c. a. 1120 §. 27. In der späteren Schrae der Stadt Soest in teutscher Sprache kommt nicht einmal diese Beschränkung mehr vor.

861) Goslar. Stat. S. 78, Z. 1—4.

862) Goslar. Stat. S. 77, Z. 44—46. Ebd. S. 18, Z. 13—15. Vgl. ebd. S. 78, Z. 5—10 und Göschen, Goslar. Recht S. 251.

863) Diese Fälle finden sich in den Goslar. Stat. S. 78, Z. 18 flg.

ter Statuten überein[864]). — In Betreff der Handlungsfähigkeit der Frauenspersonen in nicht streitigen Rechtssachen ist hier zu unterscheiden zwischen den Rechtsgeschäften, welche sich lediglich oder doch zunächst auf ihre Person beziehen, und denen, welche ihr Vermögen betreffen. Zu den Geschäften der ersteren Art gehören in der That nur das Eheversprechen, der Eintritt in einen religiösen Orden und die Vermiethung als Gesinde. Die Befugnisse des Geschlechtsvormundes bei einem Eheversprechen seines Mündels sind bereits früher zur Sprache gekommen (s. oben CC. Nr. 5). Daß der Eintritt einer unverheuratheten Frauensperson in ein Kloster in älterer Zeit der Einwilligung ihres Vormundes bedurfte, ergiebt sich aus der Stelle in der Note [865]). Nach den Rechtsquellen der späteren Zeit scheint die Einwilligung des Geschlechtsvormundes zum Eintritte in ein Kloster nicht mehr nöthig gewesen zu sein; wenigstens geschieht derselben nirgends in ihnen Erwähnung. Für die Beantwortung der Frage, ob der Geschlechtsvormund zur Vermiethung seines Mündels als Gesinde habe einwilligen müssen, liefern die Rechtsquellen des Mittelalters keinen Stoff. Die Frage, ob und inwieweit Frauenspersonen zur Abschließung von Rechtsgeschäften, welche sich auf das Vermögen beziehen, den Geschlechtsvormund zuziehen müssen, läßt sich mit der allgemeineren, welchen Einfluß überhaupt die Geschlechtsvormundschaft auf das Vermögen unverheuratheter Frauenspersonen habe, verbinden. Die Rechtsquellen beantworten diese Frage zwar nirgends in ihrem ganzen Umfange, sie liefern aber einen Anhaltepunkt für deren Beantwortung, welcher sich in demjenigen findet, was sie über die Fähigkeit der Frauenspersonen, etwas von ihrem Vermögen zu veräußern, enthalten. Von den Rechtsquellen der älteren Zeit sprechen sich hierüber allein die longobard. Gesetze aus[866]). Hiernach darf eine Frauensperson nichts von ihrem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen ohne Einwilligung ihres Vormundes veräußern. Aus der zu der in der Note angeführten Stelle gehörigen Formel ergiebt sich, daß sie die von ihr allein veräußerte Sache unter Beistand ihres Vormundes zurückfordern kann, die Veräußerung also nichtig ist. Darüber, ob dieser Grundsatz auch bei anderen teutschen Stämmen als den Longobarden galt, läßt sich wegen Mangels von Nachrichten nichts Gewisses sagen. Den Rechtsbüchern des Mittelalters ist er unbekannt. Vielmehr ergeben Stellen dieser Rechtsbücher[867]) mit Gewißheit, daß unverheurathete

864) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 26. (Walch Bd. 1, S. 110.)

865) Tangmari Vita S. Bernhardi Hildish. episc. cap. 14. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 271, N. 15.

866) Edict. Rothar. 205.

867) Sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 2. „Ein wib en mag auch an ires mannes gelob nicht ires gutes vergebe, noch eigen verkaufen ... Megede aber unde ungemannte wib verkoufen ir eigen an ires vormunden gelob, her en si dar erbe zu.“ Schwabensp. 59, Z. 3 flg. (313, 2, 3). „Meide u. vrowen, die nicht man hant, die werdent an ir vormunt ir gut wol ane, ob sie ze iren tagen komen sint; da gehören danen erben zur. die sullen ez versprechen als recht ist.“

volljährige Frauenspersonen bei Veräußerungen nicht an die Einwilligung ihres Vormundes gebunden sind, wenn er nicht zugleich ihr nächster Erbe ist und es seiner Einwilligung in dieser Eigenschaft bedarf. Die Worte beider Rechtsbücher gewähren aber noch der Frage Raum, ob unverheurathete Frauenspersonen eine gerichtliche Auflassung ohne ihren Vormund vornehmen konnten. Denn daraus, daß es dessen Einwilligung zur Veräußerung nicht bedurfte, folgt noch nicht nothwendig, daß, wenn diese vor Gericht geschehen mußte, sie auch ohne seine Mitwirkung vorgenommen werden konnte. Auch bilden die angeführten Worte in beiden Rechtsbüchern einen Gegensatz zu den unmittelbar vorhergehenden, in welchen gesagt wird, daß Ehefrauen nichts ohne Zustimmung ihres Ehemannes veräußern dürfen, und wollen also zunächst nur sagen, daß unverheurathete Frauenspersonen in der Fähigkeit zu veräußern nicht so durch ihren Geschlechtsvormund, wie jene durch ihren Ehemann beschränkt seien, ohne sich über die nothwendige Form der Veräußerung auszusprechen. Da andere Stellen, welche eine directe Antwort auf jene Frage enthielten, weder in dem einen, noch in dem anderen Rechtsbuche vorkommen, so ist man bei Beantwortung derselben auf allgemeine Gründe verwiesen. Hiernach gewinnt es aber den Anschein, als müßte sie verneint werden, da ja, wenn Frauenspersonen ohne ihren Geschlechtsvormund eine gerichtliche Auflassung vornehmen könnten, dies mit dem gewöhnlich angenommenen Satze, daß sie überhaupt nicht selbstständig vor Gericht aufzutreten fähig seien, im Widerspruche stehen würde. Diese Ansicht scheint auch dadurch bestätigt zu werden, daß in den meisten Urkunden aus den Gegenden sächsischen und schwäbischen Rechtes, welche sich auf von Frauenspersonen vorgenommene Veräußerungen von Grundstücken beziehen, sich die Bemerkung findet, entweder, daß der Vormund seine Einwilligung dazu gegeben habe oder doch, daß die Veräußerung mit seiner Hilfe oder mit seiner Hand (cum manu advocati) vollbracht sei[868]). Auch sagt das alte Culm. Recht[869]), eine Rechtsquelle, welcher das sächsische Recht und insbesondre die an dieses sich anschließenden Magdeburger Schöffensprüche zu Grunde liegen, ausdrücklich, daß der Richter einer unverheuratheten Frauensperson, wenn sie ihr Erbe oder Gut, was sie erarbeitet oder gekauft hat oder ihr gegeben ist, veräußern will, dies vor Gericht thun müsse und der Richter ihr einen Vormund, das ist, einen Fürsprecher, geben solle. Dennoch glaubt Kraut[870]), daß nach den Grundsätzen beider Rechtsbücher die

---

868) Beispiele solcher Urkunden, theils für die Gegenden sächsischen, theils für die schwäbischen Rechtes führt an Kraut Bd. 2, S. 274, N. 18.

869) Alt. Culm. Recht 4, 27. „Eyn wyb, das do nicht eliches mannes hot, mag ir erbe adir gut, das sy irerbeyt hat, adir gekouft hot, adir ir gegeben ist, ane undirscheit tzu tune u. tzu lazene, vor richter u. vor scheppen in gehegetem dynge, dorynne es gelegen ist, vorgeben und vorreichen. Abir der richter sal ir geben eynen vormunden, das ist, eynen vorsprechen, an des wort sy do yehe."

870) Kraut Bd. 2, S. 275 flg.

Frauenspersonen auch zu einer gerichtlichen Veräußerung nicht nothwendig der Mitwirkung eines Geschlechtsvormundes und noch viel weniger dessen Einwilligung bedurften. Auch sind seine im Folgenden darzustellenden Gründe überzeugend. Zuvörderst kann man nämlich daraus, daß bei der Veräußerung unbeweglicher Sachen von Frauenspersonen so häufig der Mitwirkung eines Vormundes Erwähnung geschieht, noch nicht schließen, daß diese nothwendig dazu erforderlich gewesen und daß der Vormund dabei als Geschlechtsvormund aufgetreten sei. Denn erstens durfte gewiß jede Frauensperson freiwillig einen Vormund bei solchen Veräußerungen zuziehen und zweitens war es im Mittelalter nicht ungewöhnlich, sich bei gerichtlichen Veräußerungen der Hilfe von Fürsprechern, welche oft wie die Vormünder, advocati, Vögte, und procuratores genannt[871]), bisweilen auch, wie die angeführte Stelle des alten Culm. Rechtes ergiebt, selbst als Vormünder bezeichnet werden, zu bedienen[872]). Es ist daher leicht möglich, daß die in Urkunden bei gerichtlichen Veräußerungen von Frauenspersonen erwähnten Personen, welche man nach den für sie gebrauchten Benennungen für ihre Geschlechtsvormünder halten könnte, dies entweder überhaupt nicht waren oder daß sie doch nicht als solche, sondern als Fürsprecher dabei auftraten. Einen ausdrücklichen Beleg hierzu liefert die in der Note 869 abgedruckte Stelle des alten Culm. Rechtes, indem sie ausdrücklich sagt, daß der von dem Richter der Frauensperson zu der von ihr beabsichtigten Vergabung beizuordnende Vormund ein bloßer Fürsprecher sei[873]). Da in dieser Stelle neben dem Fürsprecher nicht noch ein Geschlechtsvormund der Frauensperson erwähnt wird, ja, wenn durch diesen die Vergabung hätte geschehen müssen, es jenes gar nicht bedurft hätte, so beweist diese Stelle nicht nur nicht die Nothwendigkeit der Zuziehung eines Geschlechtsvormundes, sondern sie beweist geradezu das Gegentheil. Ferner ist auf die ausdrückliche Erwähnung der Einwilligung des Vormundes in der einen oder anderen Urkunde nicht viel zu geben, da eine ängstliche Frauensperson diese ja auch freiwillig, ohne rechtliche Verbindlichkeit dazu einzuholen, diese Einwilligung auch deshalb nothwendig sein konnte, weil der Geschlechtsvormund zugleich der nächste Erbe der Frauensperson war. Sodann kann die Nothwendigkeit der Mitwirkung eines Vor-

---

871) Nietzsche, de prolocutoribus p. 9.

872) Nietzsche l. c. p. 21.

873) Daß dies auch nicht etwa so verstanden werden kann, daß er zunächst ihr als Geschlechtsvormund zugeordnet werde, aber zugleich das Amt des Fürsprechers zu versehen habe, geht daraus hervor, daß unter allen von Leman, dem neuesten Herausgeber des alten Culm. Rechtes, verglichenen Handschriften desselben nur eine einzige, die von ihm mit A bezeichnete, wahrscheinlich in der Mitte des 14. Jahrhunderts geschriebene, jetzt in der Stadtbibliothek zu Danzig befindliche Handschrift (vgl. Leman, das alte Culm. Recht Vorrede p. VII.) in der obigen Stelle die Worte: „vormunden das ist eynen" hat, indem alle übrigen mit Weglassung derselben lesen: „der richter sal yr geben eynen vorsprechen. Siehe Leman, alt. Culm. Recht IV, 27, N. 2, S. 111.

mundes zur Vollziehung gerichtlicher Veräußerungen auch daraus nicht gefolgert werden, daß Frauenspersonen nach den Grundsätzen der Rechtsbücher nicht selbstständig vor Gericht hätten handeln können. Denn diese verlangen nur bei eigentlichen processualischen Handlungen Vertretung der Frauenspersonen durch einen Vormund, und die von ihnen dafür angeführten Gründe sind nicht so beschaffen, daß man jenes daraus abnehmen könnte. Vielmehr beweisen sie, da sie sich blos auf eigentliche processualische Handlungen beziehen, eher das Gegentheil, indem, wenn die Nothwendigkeit der Vornahme solcher Handlungen auf einem allgemeineren Grunde beruhte, nicht erklärlich wäre, warum nicht gerade dieser angeführt wäre. Dazu kommt endlich noch ganz besonders, daß nach den in der Note 867 abgedruckten Worten in beiden Rechtsbüchern gleich die Bemerkung folgt, daß Frauenspersonen bei Klagen immer eines Vormundes bedürfen, und dieselbe durch das Wörtchen „aber" ausdrücklich als ein Gegensatz zu dem in den vorhergehenden Worten Gesagten bezeichnet wird. Denn hiernach ist der Sinn beider Sätze im Zusammenhange mit einander offenbar, daß zwischen verheuratheten und unverheuratheten Frauenspersonen in Bezug auf die Abhängigkeit von dem Vormunde allerdings der Unterschied stattfindet, daß diese nicht, wie jene, ihn bei Veräußerungen zuziehen müssen, beide sich aber darin gleichstehen, daß sie bei jeder Klage eines Vormundes bedürfen. Ohnehin ist aber auch wohl unverkennbar, daß, wenn die Mitwirkung des Geschlechtsvormundes bei gerichtlichen Veräußerungen unverheuratheter Frauenspersonen nothwendig gewesen wäre, es wenigstens sehr auffallend sein würde, wenn die in der Note 867 abgedruckten Stellen der Rechtsbücher so schlechthin gesagt hätten, daß unverheurathete Frauenspersonen ihre Grundstücke ohne Erlaubniß ihres Vormundes veräußern könnten, ohne auch nur mit einem Worte anzudeuten, daß sie zur Vollziehung der Veräußerung der Hilfe desselben bedürften. Sind nun aber Frauenspersonen, sobald ihr Vormund nicht selbstständige Rechte an ihrem Vermögen hat, selbst ihre Grundstücke ohne dessen Mitwirkung zu veräußern berechtigt, so muß man, da die Veräußerung von Grundstücken im Sinne des teutschen Rechtes das wichtigste Rechtsgeschäft ist, hieraus schließen, daß sie andere Rechtsgeschäfte, sobald nicht ein selbstständiges Recht des Vormundes dabei in Betracht kommt, noch vielmehr ohne seine Zuziehung giltig abschließen können. Und da ferner, wenn dem Geschlechtsvormunde die Verwaltung des Vermögens unverheuratheter Frauenspersonen zugestanden hätte, nicht erklärlich wäre, daß sie es ohne seine Mitwirkung veräußern durften, so geht hieraus auch hervor, daß der Geschlechtsvormund solcher Frauenspersonen nur dann ihr Vermögen zu verwalten hatte, wenn die Verwaltung ihm von denselben freiwillig übertragen worden war. — Strenger war in dieser Beziehung das friesische Recht[874]) und einige Stadtrechte. Hierher

874) Emsiger Pfenningschuldb. bei v. Richthofen S. 196, §. 11. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd, 2, S. 278, N. 24.

gehört besonders das Hamburger Recht. Nach diesem darf nämlich keine Frauensperson eine gerichtliche Auflassung oder eine Vergabung mit ihrem Gute vornehmen ohne Zuziehung ihres Geschlechtsvormundes [875]). Dies gilt ebensogut von Vergabungen ihrer Mobilien, wie ihrer Immobilien, nach einer anderen Stelle der Statuten von 1270 [876]). Ergänzt werden diese Stellen durch eine dritte, der letzteren fast unmittelbar nachfolgende [877]). Nicht ganz klar ist, in welchen Punkten die beiden letzteren Stellen eigentlich von einander abweichen. Nur das ist klar, daß die letzte blos von Vergabungen auf dem Todtenbette handelt, die zweite hingegen von anderen Vergabungen, was sich nicht nur aus dem in beiden liegenden Gegensatze ergiebt, sondern auch daraus, daß nach diesen die Vergabung vor dem Rathe geschehen soll, was bei der Vergabung auf dem Todtenbette nicht möglich ist. Es kann aber auch wohl nicht bezweifelt werden, daß in der letzten bei den Vergabungen von Todes wegen die Zuziehung des Vormundes zu denselben ebenso absichtlich unerwähnt gelassen ist, wie die des Rathes, und daß sie mithin bei solchen Vergabungen nicht nothwendig war. Endlich darf man nicht übersehen, daß die letzte Stelle nur von Vergabungen „dorch God", d. h. ad pias causas, spricht, während in der zweiten ausdrücklich gesagt wird, die Frauensperson könne die darin bezeichneten Güter vergeben, „so wor dat se will", d. h. wohin oder an wen sie wolle. Es geht also hieraus hervor, daß die Vergabungen auf dem Todtenbette, von welchen in der letzten Stelle die Rede ist, nur zulässig sind, wenn sie ad pias causas geschehen, daß aber die Giltigkeit anderer Vergabungen von dieser Bedingung nicht abhängt, daß dagegen die letzteren immer vor dem Rathe und mit Zuziehung des Vormundes zu errichten sind, während bei jenen es der Beobachtung dieser Formen nicht bedarf. Dagegen muß diese Form, da sie bei Vergabungen beweglicher Sachen oder auch wohlgewonnenen Gutes, außer auf dem Todtenbette, zu beobachten ist, umsomehr bei der Vergabung von unbeweglichen Sachen oder gar Erbgütern beobachtet werden. Für den vorliegenden Zweck ist es nicht von Interesse, ob, wenn die zweite Stelle nur von Witwen spricht, dies so zu verstehen sei, daß Witwen allein, nicht unverheurathete Frauenspersonen überhaupt, Vergabungen machen können, oder ob die Witwen blos deshalb hier genannt werden, weil sie am häufigsten selbsterworbenes Gut haben und daher andere unverheurathete Frauenspersonen, wenn sie ausnahmsweise solches Gut besitzen, ihnen in diesem Stücke gleichgestellt werden müssen, da es nicht zweifelhaft sein kann, daß, wenn auch die letzteren Vergabungen zu machen befugt gewesen sein sollten,

875) Hamburg. Stat. v. 1270 V, 3. Damit stimmen überein die Statuten v. 1292 O. 3, v. 1497 D. 3.

876) Hamburg. Stat. v. 1270 IV, 2. Uebereinstimmend sind die Statuten v. 1292 F. 4, v. 1497 K. 9.

877) Hamburg. Stat. v. 1270 IV, 4. Uebereinstimmend sind die Statuten v. 1292 F. 4, v. 1497 K. 10.

sie dabei auch die von jenen zu beobachtenden Formen beobachten mußten. Auch interessirt hier nicht weiter, ob der Ausdruck „Eine Vrouwe“ in der letzten Stelle, obgleich in der Redaction der Statuten von 1497 statt dessen gesetzt ist: „Eine Wedewe“, blos eine verheurathete Frauensperson oder blos eine unverheurathete oder sowohl das eine wie das andere bezeichnet, da selbst, wenn darunter hier zunächst eine Ehefrau zu verstehen wäre[878]), doch nicht zweifelhaft ist, daß, wenn selbst eine Ehefrau auf dem Todtenbette Vergabungen ad pias causas ohne Zuziehung ihres Ehemannes vornehmen darf, eine unverheurathete gleichfalls zu solchen Vergabungen ohne ihren Geschlechtsvormund befugt ist. Hieraus folgt offenbar, daß, wenn es in der ersten Stelle heißt, eine Frauensperson könne ihr Gut ohne Vormund vergeben, dies nur auf die regelmäßige Form der Vergabung, nämlich die vor dem Rathe, zu beziehen ist. Da nun auch die Auflassung immer vor Gericht oder vor dem Rathe geschehen mußte, so giebt jene Stelle also noch keinen unmittelbaren Beweis dafür, wie es bei außergerichtlichen Veräußerungen von unverheuratheten Frauenspersonen in Hamburg gehalten wurde, ob es dazu der Zuziehung des Geschlechtsvormundes bedurfte oder nicht. Indessen läßt sich doch daraus, daß jene Stelle nur bei jenen beiden Geschäften von der Nothwendigkeit der Zuziehung des Vormundes spricht, schließen, daß zu anderen seine Zuziehung nicht nothwendig war. Die Richtigkeit dieses Schlusses wird auch noch dadurch sehr unterstützt, daß jene Stelle in dem Stücke der angeführten Statuten steht, welches sowohl nach seinem Inhalte, als nach seiner Ueberschrift besonders von der Vormundschaft handelt, und in jener Stelle, ihrem ganzen Zusammenhange nach die Geschäfte, bei welchen Frauenspersonen und die anderen darin genannten unmündigen Personen (als welche außer den Weibern auch Pfaffen und Mannspersonen unter 18 Jahren genannt werden) die Zuziehung eines Vormundes nöthig haben, ohne Zweifel vollständig erwähnt werden sollen. Konnte nun eine Frauensperson nach dem Hamburger Rechte außergerichtliche Veräußerungen ohne Mitwirkung ihres Geschlechtsvormundes vornehmen, so kann es der Zuziehung des Vormundes bei gerichtlichen Veräußerungen nicht aus dem Grunde bedurft haben, weil seine Einwilligung dazu erforderlich gewesen wäre, sondern nur deshalb, weil Frauenspersonen nach diesen Statuten unfähig waren, selbstständig vor Gericht zu handeln, und sie also bei allen gerichtlichen Geschäften den Beistand eines Vormundes nöthig hatten. Denn die Nothwendigkeit der Einwilligung des Vormundes hätte entweder nur auf der mangelnden Handlungsfähigkeit der Frauenspersonen oder auf einem selbstständigen Rechte des Vormundes an ihrem Vermögen beruhen können. Sowohl unter der einen wie unter der anderen Voraussetzung würde es aber seiner Einwilligung ebensowohl zu außergerichtlichen, wie zu gerichtlichen Veräußerungen bedurft haben. Dies wird

878) So Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 3, S. 435.

auch durch die Art und Weise des Ausdruckes in der zweiten Stelle bestätigt, indem sie bei dem Vormunde blos von dessen Zuziehung („mit Vormunde geven"), bei den Erben aber von ihrer Erlaubniß zur Vergabung („Erve-Gud mach Nemand gheven ane Erveloff") spricht. Bedurften nun die Frauenspersonen nach dem Hamburger Statuten zu Veräußerungen nicht der Einwilligung des Geschlechtsvormundes, so läßt sich auch kein Grund einsehen, warum sie nicht auch Schulden ohne dessen Einwilligung und, sofern sie nicht etwa vor Gericht contrahirten, selbst ohne Zuziehung desselben machen konnten. Es findet sich aber auch eine bestimmte Belegstelle dafür [879]). Wenn es in dieser heißt: keine Frau könne Gut kaufen ohne ihren rechten Vormund, so scheint dies auf den ersten Blick mit dem, was diese Stelle beweisen soll, geradezu im Widerspruche zu stehen. Allein, wie die darauf folgenden Worte deutlich ergeben, ist hierbei zunächst nur an eine Ehefrau zu denken. Dessenungeachtet könnte man aber noch immer vermuthen, daß, wenn es schon nicht ausdrücklich gesagt sei, doch auch unverheurathete Frauenspersonen ohne Einwilligung ihres Vormundes nichts kaufen könnten. Allein bei Berücksichtigung des ganzen Zusammenhanges des Artikels, aus welchem diese Stelle geschöpft ist, beweist sie geradezu das Gegentheil. Zuerst wird darin nämlich der bekannte Satz mitgetheilt, daß ein zahlungsunfähiger Mann seinen Gläubigern zu Hand und Halfter zu übergeben sei; dann wird gesagt: „men ne scal ok nene vrowen to pande gheven vor gheld, de nicht ghelden mach, war men erlovet deme manne ere overste cled to allen tiden, al wante he syn geld hest"; und hierauf folgen die jetzt fraglichen Worte. Nach diesem Zusammenhange mußte der Gedankengang den Verfasser dieses Artikels nothwendig auf die Frage führen: hat gleich der Gläubiger einer zahlungsunfähigen Frauensperson gegen sie selbst kein anderes Recht, als das eben gedachte, nämlich jedesmal, so oft er ihr begegnet, ihr das oberste Kleid abzuziehen, kann er nicht etwa ihren Vormund in Anspruch nehmen und auf diese Weise zu seiner Befriedigung gelangen? Darüber ist aber nur bei Ehefrauen wegen der Ungezweitheit des Vermögens beider Ehegatten während der Ehe Zweifel möglich. Wenn es nun hier ausdrücklich heißt, daß der Ehemann aus einem von seiner Frau abgeschlossenen Kaufe, außer wenn sich derselbe blos auf unbedeutende Gegenstände des Haushaltes beziehe, nicht verbindlich werde, sobald er nicht seine Zustimmung dazu ertheilt habe, so kann dies nur einen Sinn haben, wenn man annimmt, daß Kaufschulden der Frauenspersonen, auch wenn ihr Vormund bei Contrahirung derselben nicht zugezogen ist, doch für sie selbst verbindlich sind. Denn sonst würde theils kein Gegensatz gegen das un-

879) Hamburg. Stat. v. 1270 u. 1276 IX, 13 (14). „It ne mach ok nen vrowe kopen gud ane eren rechten vormunt, dat ere man ghelden dorve, sunder wympeln u. doke, u. vlas, ere vormunt en beschedet, u. willkoret so wat dat se cofft, dat he't ghelde." Statuten v. 1292 M. X, v. 1497 L. VI. Uebereinstimmend damit sind die Stader Stat. v. 1297 VI, 12. (Pufendorf 1. 203.)

mittelbar Vorhergehende hierin liegen, theils wäre es unbegreiflich, warum, wenn die ohne Zustimmung des Vormundes contrahirte Schuld schon für die Frau selbst nicht verbindlich wäre, hier noch ausdrücklich gesagt sein sollte, daß in diesem Falle auch ihr Vormund nicht für dieselbe zu haften brauche. Dies bestätigen auch die sich an die fragliche Stelle anschließenden Schlußworte dieses Artikels: „war so wat eyn vrowe kofft ane eren vormunt, dat mach se wol verkopen ane ene u. it schal wesen stede." Denn es wird hier offenbar vorausgesetzt, daß auch ein von einer Frauensperson ohne Zuziehung ihres Vormundes abgeschlossener Kaufcontract giltig sein kann. Auch die Praxis in Hamburg hat fortwährend angenommen, daß unverheurathete Frauenspersonen ohne Vormund giltig contrahiren können, obschon die Worte der neueren Statuten von 1603 II, 1, 8 diesem anscheinend entgegenstehen[879a]). — Auch das Lüb. Recht hat eine strengere Geschlechtsvormundschaft als der Sachsenspiegel und Schwabenspiegel. Aus den älteren Texten desselben kommen vorzüglich die in der Note angeführten Artikel in Betracht[880]). Wenn es in diesen Stellen heißt, keine Frauensperson könne ihr Gut ohne Vormund verkaufen, versetzen oder vergeben, so entsteht die Frage, ob diese Worte allgemein von jeder Veräußerung überhaupt oder auch nur, wie in den Hamburger Statuten, von gerichtlichen Veräußerungen zu verstehen sind. Die letztere Ansicht hat Pauli[881]), welcher diese Artikel so auslegt, „daß Frauen ohne Aus-

879a) Hartung, de cura sexus — speciatim Hamburgensi (Gott. 1791.) p. 69. not. 1.

880) Cod. Hach. I. 21. (bei Hach, das alte Lüb. Recht S. 191.) „De hereditate malierum. Nulla mulier potest sua bona impignorare, vendere vel dare sine procuratore, nec aliqua mulier potest corius fideiubere, quam pro duobus nummis et dimidio, sine mundibordio suo id est vormunde, exceptis illis, quae habent kopschat et solentemere et vendere. Quicquid (cum mundibordio suo) promittit, de iure solvere tenetur, si de promisso convinci poterit." (Die eingeklammerten Worte oder gleichbedeutende, wie cum procuratore, finden sich in allen anderen Handschriften außer dem Cod. Hach., und sind daher wohl nur durch ein Versehen des Abschreibers weggelassen. Cod. Hach. II. 96. (Hach a. a. O. S. 291 flg.) „Vom vruwen Borghetucht unde van vormunden. Negnin vruwe (Cod. Brok. II. 6. u. III. 345: Nene Juncfrouwe, uffte Frouwe, noch Wedewe) mach — ere ghut verkopen, noch versetten, noch vergheven sunder vormunde (Cod. Brok. I. 22: „sunder erer vormunder wyllen u. vulbordt", Cod. Brok. III. 345: „sunder der Vormünder Fulbardt") noch nen vruwe ne mach hogher borge werden sunder vormunde den vor drittehalven penning, sunder beghene de kopschat hebben u. kopen u. vorkopen, so wat se loven dat scholen se ghelden." Vgl. Cod. Hach. III. 134. (Hach a. a. O. S. 420.)

881) Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 3, S. 424. Daß hier der Ausdruck: Veräußerungen, im weitesten Sinne, also nicht blos von Uebertragung von Rechten auf andere, sondern auch von der Verzichtleistung auf zustehende Ansprüche zu verstehen sei, ergiebt sich aus einer bei Kraut Bd. 2, S. 285, N. 34 abgedruckten, demselben von Pauli mitgetheilten Lüb. Niederstadtbuchs-Inscription von 1349, worin eine Frauensperson vor dem Rathe über eine empfangene Zahlung quittirt und dabei ausdrücklich erwähnt wird, daß dies mit einem Geschlechtsvormunde, der in dieser Urkunde provisor genannt wird, geschehen sei.

nahme, also auch Kauffrauen, ihre Güter nicht verkaufen, verpfänden oder vergeben, d. h. ihre Immobilien zu solchem Zwecke vor dem Rathe nicht auflassen können ohne Vormund, sowie auch, daß Frauen, jedoch ausgenommen die Kauffrauen, sich höher als bis zu drittehalb Pfennigen ohne Vormund nicht verbürgen sollen. Dieser Ansicht schließt sich jedoch Kraut[882]), wie es scheint, mit Recht, nicht an. Pauli macht als einzigen Grund für seine Ansicht den geltend, daß dieser Artikel in den lateinischen Redactionen die Ueberschrift: De hereditatibus, habe. Dieser Grund genügt aber nicht zur Rechtfertigung derselben. Denn erstens wird der Ausdruck: hereditates, obgleich er vorzugsweise die Grundstücke bezeichnet, doch auch in weiterem Sinne für das gesammte Vermögen einer Person überhaupt gebraucht, und es kann auch bei der Annahme der abweichenden Ansicht ohnehin keinen Zweifel leiden, daß das in diesem Artikel Gesagte, obschon nicht allein, doch vorzugsweise auf Immobilien bezogen werden muß, woraus also auch jene Ueberschrift sich leicht erklären läßt. Dasselbe gilt von der Ueberschrift: De proprietatibus mulierum, welche jener Artikel in anderen lateinischen Handschriften des Lüb. Rechtes hat[883]). Zweitens ist nicht wohl erklärlich, warum, wenn dieser Artikel wirklich blos auf Grundstücke der Frauenspersonen zu beziehen wäre, die Verfasser der teutschen Handschriften des Lüb. Rechtes jene Ueberschriften nicht beibehalten, sondern anstatt derselben die allgemeine: „Van vruwen borghetocht u. van vormunden", welche gar nicht auf eine so beschränkte Auffassung des Inhaltes desselben deutet, gesetzt hätten. Endlich ist nicht einzusehen, warum das Lüb. Recht, da es sonst, wenn es nur von Immobilien spricht, nicht die allgemeinen Ausdrücke: bona oder ghut braucht, sondern sich bestimmterer Ausdrücke, z. B. immobilia, torfach eghen, hereditoria bona, erveghut u. dergl. bedient, gerade hier sich so unbestimmt ausgedrückt haben sollte[884]). Aber nicht blos die Worte des Artikels geben keine Veranlassung, ihn in einem so engen Sinne zu nehmen, sondern er muß aus folgenden Gründen allgemein, ebensowohl von der Veräußerung von Mobilien als von der von Immobilien, ebensowohl von außergerichtlichen wie von gerichtlichen Veräußerungen verstanden werden. Es ist nämlich die Ausnahme, welche in dem angeführten Artikel hinsichtlich der Kauffrauen gemacht wird, nicht blos, wie Pauli annimmt, darauf zu beziehen, daß, während andere Frauenspersonen sich nur höchstens für eine Schuld von dritte-

882) Kraut Bd. 2, S. 286 flg.

883) So der lateinische Codex bei Westphalen 3. 624. und der Codex von 1257 bei v. Bunge, die Quellen des Reval'schen Stadtrechtes Art. 21.

884) Recht deutlich zeigt dies die Vergleichung solcher Stellen, wo auch von der Veräußerung von Sachen, aber nur unbeweglichen, die Rede ist, und welche ganz so anfangen, wie die vorliegende, aber immer ausdrücklich andeuten, daß sie nur von Immobilien sprechen, z. B. Cod. Hach. I. 15. Cod. Hach. II. 18. Vgl. Cod. Hach. I. 78. II. 34.

halb Pfennigen verbürgen dürfen, ihnen die Verbürgung ganz unbeschränkt gestattet sei; vielmehr muß diese Ausnahme mit Kraut auf den ganzen vorhergehenden Satz bezogen werden, so daß also dadurch ausgedrückt wird, daß Kauffrauen nicht, wie andere Frauen, wenn sie etwas verkaufen, verpfänden und vergeben wollen, dazu die Mitwirkung eines Geschlechtsvormundes nöthig haben. Dies ergiebt sich aus dem folgenden Satze: quicquid promittit de iure solvere tenetur. Bezieht man nämlich diese Worte, wie auch die teutschen Texte und das revid. Lüb. Recht I, 10, 1 es thun, nur auf die Kauffrau, so muß man, wenn man die Erklärung dieser Stelle von Pauli zu Grunde legt, das „promittere" in den lateinischen und das „loven" in den teutschen Texten nur in der Bedeutung von: sich verbürgen, nehmen, weil sonst darin kein Gegensatz gegen das auch von anderen Frauenspersonen Geltende liegen würde. Denn andere außergerichtliche Versprechen würden ja auch diese nach Pauli ebensogut wie Kauffrauen ohne Vormund giltig leisten können, und bei der Vornahme gerichtlicher Handlungen würden ja nach ihm die letzteren ebensowohl eines Vormundes bedürfen wie die ersteren. Gezwungen wäre es aber jedenfalls, jene beiden Ausdrücke in einem so beschränkten Sinne zu nehmen. Noch weniger kann jene Erklärung mit dem fraglichen Satze vereinigt werden, wenn man in ihn mit allen anderen Handschriften, außer dem Cod. Hach. I., die Worte: cum mundibordio einschieben will. Dies wird umso gewisser, wenn man mit der Reval'schen Handschrift[885]) liest: Quicquid et mulier cum mundibordio suo promittit etc. Denn wollte man auch bei Zugrundelegung dieser Lesart das „promittere" oder „loven" gleichbedeutend mit „verbürgen" nehmen, so würde in diesem Satze offenbar eine bloße Wiederholung des schon in dem vorhergehenden Gesagten enthalten sein. Dies ist aber nicht der Fall, wenn man ihn auf folgende Weise versteht: Ebenso wie eine Frauensperson mit Zuziehung ihres Vormundes giltig veräußern und sich verbürgen kann, ist auch jedes von ihr in derselben Form geleistete Versprechen für sie verbindlich, wenn es ihr bewiesen werden kann (si de promisso convinci poterit). Hierbei blos an gerichtlich geleistete Versprechen zu denken, dafür geben nicht allein die Worte gar keinen Grund, sondern es steht auch der letztere Zusatz diesem geradezu entgegen, da gerichtliche Versprechen keines besonderen Beweises bedürfen. Können nun aber Frauenspersonen außer Kauffrauen, welche hierbei wohl nicht an den Vormund gebunden sind, außergerichtliche Versprechen nicht giltig ohne Zuziehung eines Geschlechtsvormundes leisten, so läßt sich kein Grund finden, warum sie zu dem Mehreren, nämlich zu außergerichtlichen Veräußerungen ohne denselben fähig sein sollten. Das sich nach dieser Auslegung aus den fraglichen Stellen ergebende Resultat ist folgendes: Nach dem älteren Lüb. Rechte konnten Frauenspersonen, ausgenommen die Kauffrauen, von ihrem

---

885) Bei v. Bunge a. a. O. S. 10.

Vermögen überhaupt nichts ohne Mitwirkung eines Geschlechtsvormundes giltig veräußern, seien es Mobilien oder Immobilien, geschehe die Veräußerung außergerichtlich oder vor Gericht; ebensowenig konnten sie ohne Zuziehung eines Geschlechtsvormundes sich durch ein Versprechen, geschehe es gerichtlich oder außergerichtlich, giltig verpflichten, mit Ausnahme einer Verbürgung, deren Gegenstand sich nicht über drittehalb Pfennige belief. Hingegen Kauffrauen hatten zur Vornahme aller dieser Rechtsgeschäfte keinen Geschlechtsvormund nöthig. Es ist daher die Geschlechtsvormundschaft schon nach dem älteren Lüb. Rechte weit strenger als nach dem Hamburger. In Ermangelung irgend eines Grundes, welcher schließen ließe, daß nach dem ersteren Rechte der Geschlechtsvormund, wenn er nicht zugleich der nächste Erbe seiner Mündel war, ein Recht an deren Vermögen gehabt habe, welches diese ihm nicht einseitig hätte entziehen dürfen, ist jene größere Strenge nur daraus erklärlich, daß das Lüb. Recht Frauenspersonen, welche keine Kauffrauen sind, ohne Vormund überhaupt nicht als handlungsfähig betrachtet. Dies ist auch wohl der Sinn des Art. 114 des Lüb. Rechtes von 1240, welcher besagt, daß auch eine zu ihren Jahren gekommene Frauensperson nicht anders selbstmündig sei als mit ihrem Vormunde. Schon hieraus folgt, daß nach diesem Rechte die Mitwirkung des Geschlechtsvormundes bei Rechtsgeschäften sich nicht, wie im Hamburger Rechte, auf eine bloße Beihilfe desselben beschränkte, sondern daß seine Zustimmung dazu nothwendig war. Es sprechen aber auch die beiden Brokischen Handschriften in der fraglichen Stelle ausdrücklich von der Einwilligung und der Auctorität des Vormundes („sunder erer vormunder wollen u. volbordt") [886]). So streng wie im Lüb. Rechte war die Geschlechtsvormundschaft im Mittelalter in keinem anderen Rechte und namentlich findet sich der Satz, daß eine zu ihren Jahren gekommene Frauensperson nicht anders selbstmündig sei, als mit ihrem Vormunde, oder ein gleichbedeutender in keiner anderen Rechtsquelle der damaligen Zeit und konnte sich auch nach der Gestalt, welche die Geschlechtsvormundschaft im übrigen Teutschland damals hatte, nicht darin finden. Auch findet sich wohl nicht leicht in einer anderen Rechtsquelle als im Lüb. Rechte als Rechtsregel ausgesprochen, daß eine Jungfrau bis zu ihrer Verheurathung bei ihrem Geschlechtsvormunde lebte [887]).

b) Spätere Veränderungen und heutiges Recht. Aus einem Gemisch desjenigen, was die Rechtsbücher des Mittelalters und die vorher erwähnten Statuten, besonders das Lüb. Recht, über die Geschlechtsvormundschaft enthalten, verbunden mit römischen Rechts-

886) Auch geschieht bei von unverheuratheten Frauenspersonen vorgenommenen Vergabungen häufig der Einwilligung des Geschlechtsvormundes dazu ausdrücklich Erwähnung; z. B. in einer Lüb. Oberstadtbuchs-Inscription von 1366 bei Pauli, Abhandl. Th. 3, S. 183, in einer anderen von 1390 (ebd. S. 185) und in einer dritten von 1414 (ebd. S. 185).

887) Lüb. Recht Cod. Hach. III. 52. (bei Hach a. a. O. S. 394.)

ansichten, ist durch die Juristen seit der Aufnahme des römischen Rechtes eine auch in die Landes- und statutarische Gesetzgebung übergegangene Theorie gebildet, welche insofern gemeinrechtliche Bedeutung hat, als sie überall, wo die Geschlechtsvormundschaft in Teutschland vorkommt, in Ermangelung besonderer im Particularrechte darüber enthaltener Bestimmungen, Anwendung findet. Diese Theorie führt schon deshalb zu von den Grundsätzen des älteren Rechtes wesentlich abweichenden Resultaten, weil sie der Geschlechtsvormundschaft eine ganz andere Grundlage giebt, als worauf diese ursprünglich beruhte. Während dieselbe nämlich nach ihrer Entstehung in der Unfähigkeit der Frauenspersonen, sich selbst in der Fehde und vor Gericht zu vertreten, ihren Grund hatte (vgl. allgem. Theil Abschn. 3), wird von den neueren Juristen als Grund derselben die weibliche Schwäche und die Unerfahrenheit der Frauenspersonen in bürgerlichen Angelegenheiten betrachtet, welche, um sie vor Schaden zu bewahren, es nöthig mache, sie bei der Vornahme wichtiger Rechtsgeschäfte an die Einwilligung eines männlichen Beistandes in der Art zu binden, daß ohne dieselbe das Geschäft nichtig sei. Die Frauenspersonen werden daher in Bezug auf die Nothwendigkeit der Zuziehung eines Vormundes zu ihren Rechtsgeschäften ebenso behandelt, wie Minderjährige nach dem heutigen Rechte[888]), aber auch nur in dieser Hinsicht, nicht überhaupt. Es kommen daher andere Beschränkungen, welchen Minderjährige unterliegen, bei ihnen nicht vor, namentlich nicht das Erforderniß gerichtlicher Zustimmung zur Veräußerung ihrer Grundstücke. Ebensowenig können sie auf der anderen Seite die Rechtswohlthaten der Minderjährigen beanspruchen, wie die Restitution und das gesetzliche Pfandrecht am Vermögen des Vormundes[889]). Auch hat die Gleichstellung der Frauenspersonen mit den Minderjährigen niemals zur Ueberlassung der Verwaltung des Vermögens der Pflegebefohlenen an den Geschlechtsvormund geführt, da hier die bisherige Gewohnheit zu entscheiden entgegenstand. Es steht daher den volljährigen, nur einer Geschlechtsvormundschaft unterworfenen unverheuratheten Frauenspersonen überall die eigene Verwaltung ihres Vermögens zu, wenn sie nicht etwa solche freiwillig ihrem Vormunde übertragen. Aber auch in anderen Punkten ist die strenge Durchführung jenes Princips da, wo der Sachsenspiegel in Giltigkeit verblieben ist, nicht möglich gewesen, weil dieses Rechtsbuch in zu vielen Stücken der Anwendung desselben widerspricht. Daraus erklärt sich, daß auch nach dem neueren sächsischen Rechte

---

888) Sie werden daher in dieser Beziehung mit den Minderjährigen in neueren Particularrechten gewöhnlich zusammengestellt. Vgl. Dithmars. Landr. v. 1567 Art. 19. Würtemb. Landr. v. 1610 Th. 2, Tit. 26. Hamburg. Stat. I, 9, 1. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 154. Heimbach, sächs. Privatr. §. 168.

889) Vgl. über alle diese Verschiedenheiten von den Minderjährigen Carpzov, Iurispr. for. P. II. const. 15. def. 33. nr. 7—12. Mevius, ad ius Lubec. L. I. Tit. 7. art. 4. nr. 8. 11. 12.

Frauenspersonen durch die Geschlechtsvormundschaft, so lange dieselbe bestand, nicht so beschränkt waren, als sie es in Gemäßheit jenes Princips sein müßten. Der wesentliche Unterschied der Geschlechtsvormundschaft in ihren Wirkungen von jeder anderen und namentlich von der Altersvormundschaft, hat oft deren Bezeichnung mit besonderen Namen veranlaßt. So wird sie z. B. bisweilen unter dem Namen Curatel der gewöhnlichen Vormundschaft entgegengesetzt[890]), besonders häufig aber mit dem Ausdrucke Kriegsvogtei oder Litiscuratel (daher in Sachsen kriegerischer Vormund) bezeichnet[891]), weil das Geschäft des Geschlechtsvormundes heutzutage besonders in der gerichtlichen Vertretung seiner Pflegebefohlenen besteht. Eine gesetzliche Geschlechtsvormundschaft kommt heutzutage nur noch bei Ehefrauen vor und steht über solche dem Ehemanne zu. Für diesen Fall ist sie überall, wo überhaupt noch Geschlechtsvormundschaft gilt, aber auch Regel. Die gesetzliche Vormundschaft des Ehemannes über die Ehefrau hat sich auch da noch erhalten, wo durch neuere Gesetze die Geschlechtsvormundschaft über volljährige unverheurathete Frauenspersonen aufgehoben ist, z. B. in allen Ländern sächsischen Rechtes. Letztere, sofern sie nicht mehr unter väterlicher Gewalt stehen, haben dagegen ihren Vormund ordentlicher Weise selbst zu wählen, wie später noch zu erwähnen sein wird, und nur ausnahmsweise ist ihnen in gewissen Fällen ein solcher von richterlichen Amtswegen zu bestellen. — Der Geschlechtsvormund ist entweder ein allgemeiner Vormund, wenn er zu allen rechtlichen Angelegenheiten der Frauensperson, bei welchen sie eines Vormundes bedarf, oder doch zu einer ganzen Klasse derselben, oder ein besonderer Vormund, wenn er nur für eine einzelne bestimmte Angelegenheit bestellt ist. Der Ehemann ist, wo die eheliche Vormundschaft gilt, immer Generalvormund seiner Frau. Bei ledigen Frauenspersonen hingegen hängt es regelmäßig von ihrem Willen ab, ob sie ein für allemal einen allgemeinen Vormund oder für jeden besonderen Fall einen besonderen Vormund haben wollen. Ebenso können sie neben dem allgemeinen Vormunde noch einen besonderen Vormund oder auch selbst einen anderen Generalvormund sich bestellen lassen[892]). Uebrigens findet da, wo die Geschlechtsvormundschaft noch gilt, dieselbe gemeinrechtlich ebensowohl bei dem niederen Adel als bei den übrigen Ständen statt, da im allgemeinen der niedere Adel in privatrechtlicher Beziehung den übrigen Ständen gleichsteht[893]).

---

890) Z. B. in Holstein, nach Paulsen, Lehrb. des Schleswig.-Holstein. Privatr. §. 172.

891) S. Wiesner, das Vormundschaftsrecht §. 163.

892) Dies galt auch nach mehreren Particularrechten. Kgl. sächs. Mandat v. 10. Nov. 1828 §. 4. Rudolst. Vorm.-O. v. 13. April 1818 §. 39.

893) Beispiele aus älterer Zeit hat Walch, Exerc. de cura sexus illustrium ex legibus chartisve publicis eruta §. 6. (Opusc. T. II. p. 8.) S. Weishaar, würtemberg. Privatr. Th. 1, §. 266. Lausitz. Waisenamtsordn. v. 1659 §. 31. Für die Länder sächsischen Rechtes fand nach der Gesetzgebung in Bezug auf die Geschlechtsvormundschaft, so lange dieselbe dort bestand, gar kein Unterschied

Einzelne Particularrechte machen jedoch eine Ausnahme von dieser Regel, z. B. das Schleswig-Holsteinische [894]). Die Lehre von der Geschlechtsvormundschaft bei dem hohen Adel gehört in des teutsche Privatfürstenrecht. Was die einzelnen Rechtsgeschäfte anlangt, bei welchen Frauenspersonen da, wo Geschlechtsvormundschaft gilt, der Mitwirkung eines Geschlechtsvormundes bedürfen, so wird davon später noch besonders gehandelt werden. — In der Natur der Sache liegt es, daß ein Geschlechtsvormund im allgemeinen dieselben Eigenschaften haben muß, wie jeder andere Vormund überhaupt. Nur waren natürlich Frauenspersonen auch in den Fällen, in welchen sie sonst zur Vormundschaft zugelassen werden, von der Geschlechtsvormundschaft ausgeschlossen. Inwieweit die Geschlechtsvormünder der obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen, wird später erörtert werden. Da dem Geschlechtsvormunde unverheurattheter Frauenspersonen keine Vermögensverwaltung zusteht, so ist er nach seiner heutigen Stellung als ein bloßer Rathgeber derselben zu betrachten. Er ist demnach dazu verpflichtet, jedes Geschäft, wozu seine Zustimmung gefordert wird, sorgfältig zu prüfen, seine Curandin nach seinem besten Wissen und Gewissen zu ihrem wahren Vortheile zu berathen, ihr die möglichen oder wahrscheinlichen Folgen der Handlung vorzustellen und seine Zustimmung nur dann zu geben, wenn er das Geschäft unter den obwaltenden Umständen für rathsam erachtet [895]). Hiernach muß bei allen Handlungen, zu welchen die Mitwirkung eines Geschlechtsvormundes erforderlich ist, immer die Frauensperson als die eigentlich handelnde Person betrachtet werden, und die Zuziehung desselben dient nur dazu, durch seine Einwilligung der Handlung rechtliche Giltigkeit zu verleihen. Daher kann der Geschlechtsvormund für sich allein und statt der Curandin weder vor, noch außer Gericht handeln, außer bei actus generalis mandati [896]). Es ist daher auch ein zu leisten-

---

zwischen dem niederen Adel und den übrigen Ständen statt, und war ein solcher auch nicht etwa im Gewohnheitsrechte begründet, wie der Verfasser dieses Artikels aus eigener langjähriger Erfahrung bezeugen kann.

894) Paulsen, Schleswig-Holstein. Privatr. §. 172.

895) So sprechen sich einzelne Particularrechte aus, z. B. badische Verordnung v. 11. Juni 1789 §. 19. Rudolstädt. Vorm.-O. v. 13. April 1818 §. 40.

896) Dies verordnen ausdrücklich die neueren Proceßordnungen der Länder sächsischen Rechtes, wie die kursächs. erl. PO. v. 1724 ad Tit. 8. §. 1. Altenb. PO. P. I. Cap. 5, §. 1. Goth. PO. P. I. Cap. 5, §. 1 (letztere beiden verstatten dem Geschlechtsvormunde auch Handlungen allein vorzunehmen, welche ein Specialmandat erfordern, wenn er von der Curandin ausdrücklich bevollmächtigt worden ist); würtemb. Landr. v. 1610 Th. 1, Tit. 16, §. Andere Weibspersonen. Hamburg. Raths- und Bürgerschluß v. 27. März 1813. Dagegen gestatteten die älteren sächsischen Proceßordnungen dem Geschlechtsvormunde unbedingt für sich allein statt der Curandin vor Gericht zu handeln. Vgl. die alte kursächs. PO. v. 1622 Tit. 8, §. 1. Ernest. PO. P. I. Cap. 3, §. 12. Eisenach. PO. Tit. 2, §. 11. Auch in Hamburg genügte früher bei den Rechtsgeschäften der Frauen der Consens des Curators allein; s. Gries, Comment. zum Hamburg. Stadtr. Bd. 1, S. 17, N. **.

der Eid nach dem heutigen Rechte ebenso wie nach dem älteren (vgl. diese Abtheilung unter A. CC. Nr. 8) von der Frauensperson selbst abzulegen[897]). Was die Form der Einwilligung des Geschlechtsvormundes betrifft, so ist dieselbe nicht der auctoritas des römischen Tutors, sondern dem consensus des römischen Curators gleichzustellen. Er kann sie daher abwesend so gut wie gegenwärtig, schriftlich sowohl wie mündlich, vorher oder nachher oder auch zugleich mit der Frauensperson ertheilen[898]). Davon machen aber gerichtliche Handlungen, zu welchen die Mitwirkung des Geschlechtsvormundes nothwendig ist, eine Ausnahme. Denn da eine Frauensperson ohne den Geschlechtsvormund vor Gericht zu handeln unfähig ist, so ist zur Giltigkeit der von ihr vor Gericht vorzunehmenden Handlung die Gegenwart des Geschlechtsvormundes und seine sofort zu erklärende Einwilligung nothwendig, widrigenfalls ist die Handlung absolut nichtig. Einzelne Particularrechte gestatten auch der obervormundschaftlichen Behörde, wenn die Frauensperson und ihr Vormund uneinig sind, die Einwilligung des letzteren zu ergänzen[899]). Da der Geschlechtsvormund ein bloßer Rathgeber ist, so ist auch sein rechtliches Verhältniß zur Curandin und zu Dritten nicht nach den Grundsätzen von der Vormundschaft, sondern nach der Natur eines ertheilten Rathes zu beurtheilen. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, daß er seiner Curandin für die Folgen seines Rathes nur dann verantwortlich sei, wenn er ihr absichtlich einen schädlichen Rath ertheilt habe[900]). Denn nur bei unaufgefordert ertheiltem Rathe beschränkt sich die Haftpflicht des Rathgebers auf den Fall des dolus[901]), nicht aber dann, wenn derselbe, wie hier, verpflichtet war, Rath zu ertheilen. Er muß dann vielmehr für omnis diligentia haften[902]). Bestritten ist, ob der Vormund nur dann, wenn er dazu aufgefordert wird, Rath ertheilen muß, oder ob er auch unaufgefordert in den zu seiner Kenntniß gelangenden Geschäften seine Pflegebefohlene vor Schaden zu warnen hat, vorausgesetzt, daß er die Fähigkeit dazu besitzt. Letztere Meinung ist die richtigere, da sie dem Zwecke der Geschlechtsvormundschaft, die Frauen wegen ihrer Unkenntniß der bürgerlichen Verhältnisse und der Schwäche ihres Geschlechtes vor Schaden zu bewahren, am besten ent-

---

897) Hamburg. Stat. I, 34, 10. Mevius, ad ius Lubec. L. 7. art. 4. nr. 10. Dies war auch in den Ländern des sächsischen Processes, so lange dort die Geschlechtsvormundschaft bestand, Rechtens.

898) Wernher, Observ. for. P. I. obs. 261. P. V. obs. 45. de Winckler, de contractibus feminarum per curatorum ratihabitionem validis (in Opusc. Vol. II. P. II. p. 110—125).

899) Hamburg. Stat. III, 6, 9. Mevius l. c. I. 10. 1. nr. 30. 31.

900) Dies ist die Meinung von Carpzov, Iurispr. for. P. II. const. 15. def. 33. Berger, Oecon. iur. Lib. I. Tit. 4. th. 6. not. 8. Weishaar, würtemb. Privatr. Th. 1, §. 271. Auch die badische Verordnung v. 11. Juni 1789 §. 20 nimmt nur Haftung des Geschlechtsvormundes aus dolus an.

901) L. 47. D. 50. 17.

902) Arg. L. 2. D. 2. 2. S. Kraut Bd. 2, S. 315.

spricht[903]). Uebrigens hat eine von seiner Seite begangene Pflichtverletzung auf die Giltigkeit des Geschäftes selbst keinen Einfluß. Von einer Haftung des Vormundes aus den unter seiner Mitwirkung von der Curandin abgeschlossenen Geschäften gegen Dritte, welche mit derselben contrahiren, kann nicht die Rede sein, da die Curandin stets als die eigentliche Contrahentin zu betrachten ist[904]). Da dem Geschlechtsvormunde lediger Frauenspersonen keine Vermögensverwaltung zusteht, so hat er natürlich auch keine Verpflichtung zur Errichtung eines Inventars, wie sie nach dem heutigen Rechte allen anderen Vormündern obliegt, und ebensowenig eine Verpflichtung zur Rechnungsablegung. Auch die förmliche Beeidigung, welche das ältere Recht wenigstens bei den von Gericht bestellten Vormündern stets verlangt zu haben scheint[905]), ist heutzutage nicht gewöhnlich, sondern es genügt eine kurze Erinnerung an die Pflichten eines solchen Vormundes und eine Angelobung an Eides Statt. Die Geschlechtsvormundschaft muß regelmäßig unentgeltlich geführt werden. — Unverkennbar hat die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen, besonders in der Gestalt, welche sie seit der Einführung des römischen Rechtes erhalten hat, große Nachtheile für die Sicherheit des Verkehrs. Da nämlich einer unverheurattheten Frauensperson, außer bei gerichtlichen Handlungen, wo sie einen Geschlechtsvormund nothwendig haben muß, ein solcher nicht aufgedrungen wird, so muß jeder, welcher ihr Zahlungen leisten oder ein Geschäft mit ihr abschließen will, bei welchem es der Zuziehung eines Geschlechtsvormundes bedarf, darauf dringen, daß ein solcher zugezogen werde. Bei dieser Sachlage geschieht es aber sehr häufig, daß die Zuziehung des Vormundes entweder aus Unbekanntschaft des anderen Contrahenten mit diesem Erfordernisse oder, wenn er es auch kennt, aus dem Vertrauen desselben auf das Worthalten der Frauensperson ungeachtet der Nichtzuziehung eines Vormundes, unterlassen wird, und daß der andere Contrahent, wenn die Frauensperson ihr Wort doch bricht, oder auch, wenn sie selbst es hält, ihre Erben oder bei einem Concurse der Contradictor das Geschäft umstoßen, dadurch einen nicht unbedeutenden pecuniären Verlust erleidet. Aber auch bei Zuziehung eines Geschlechtsvormundes ist ein solcher Verlust immer noch möglich, wenn es an der gehörigen Bestellung desselben fehlt. Ist gleich dabei auf der anderen Seite nicht zu verkennen, daß theils die Unerfahrenheit der Frauen mit den Verkehrsverhältnissen und in bürgerlichen Angelegenheiten überhaupt, theils die ihnen eigenthümliche Nachgiebigkeit, Gutmüthigkeit und Weichheit des Charakters es oft als wünschenswerth erscheinen lassen, daß sie bei Abschließung wichtiger Geschäfte einen er-

903) Kind, Quaest. for. T. III. cap. 106. ed. 2. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 161, Zus. 1.

904) Carpzov l. c. def. 34. Curtius, kursächs. Privatr. Th. 1, §. 371. Weishaar a. a. O. §. 271.

905) Magdeb. Weichb. 6. Mühler §. 67.

fahrenen und zuverlässigen männlichen Rathgeber zuziehen, so gewährt doch das Institut in der Art, wie es gewöhnlich behandelt wird, den Frauen nicht den hinreichenden Schutz, da es meistens zu einer leeren Förmlichkeit geworden ist. Denn da die Wahl des Geschlechtsvormundes in der Regel der Frauensperson selbst zusteht, so kann sie als solchen den gefälligsten und nachgiebigsten Mann wählen und wenn er sich doch ihrem Willen nicht fügen sollte, ihn jederzeit mit einem anderen vertauschen; bei gerichtlichen Verhandlungen wählt das Gericht als Vormund oft den Gerichtsdiener oder andere zufällig anwesende Personen, welche die Verhältnisse der Frauensperson gar nicht kennen. Auch ist die Geschlechtsvormundschaft meistens mit Ausgaben für die Frauen verbunden. Denn entweder dürfen sich, wo das Particularrecht es gestattet, die zu Geschlechtsvormündern Erwählten eine billige Vergütung ausmachen oder es ist Sitte, ihnen Geschenke zu geben, sowohl zur Vergütung für ihre Bemühungen, als auch, um sie zu größerer Willfährigkeit und Thätigkeit zu bestimmen; auch müssen für die Bestätigung des Geschlechtsvormundes in der Regel Gebühren bezahlt werden. Schon seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts hat man diese Gründe geltend gemacht, um die Abschaffung der Geschlechtsvormundschaft als rathsam anzuempfehlen. Wirklich haben dieselben dazu geführt, daß die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen allmälig, besonders in der neuesten Zeit durch die Gesetzgebung entweder ganz aufgehoben[906]) oder wenigstens sehr beschränkt ist[907]). Sie kommt daher nur noch in wenigen Gegenden Teutschlands vor.

2) Ueber verheurathete Frauenspersonen (eheliche Vormundschaft). Einleitung. In dem Particularrechte hat sich, ungeachtet der entgegenstehenden Grundsätze des römischen Rechtes, häufig die gesetzliche Vormundschaft des Ehemannes über seine Frau erhalten[908]). Dies ist namentlich überall der Fall, wo die Geschlechts-

---

906) Dies ist geschehen durch kgl. sächs. Gesetz v. 8. Jan. 1836. Würtemb. Gesetz v. 21. Mai 1828 Art. 2—4. Bad. Gesetz v. 25. August 1835. Weim. Gesetz v. 2. Febr. 1839. Altenb. Gesetz v. 18. Nov. 1836 §. 2, v. 15. August 1849 §. 14, v. 31. August 1849. Goth. Verordn. v. 6. April 1836 u. 26. Mai 1847. Sondersh. Verordn. v. 20. Oct. 1826. Rudolst. Gesetz v. 30. März 1849. Dessauer revid. Erläut. zur Landesordn. Tit. 33. Bernb. Edict. v. 30. März 1784. Reuß-Greiz. Gesetz v. 27. Juli 1844. Reuß j. L. Gesetz v. 3. October 1848.

907) Das meining. Gesetz v. 19. August 1833 §. 2 verlangt die Zustimmung eines männlichen Beistandes nur noch bei Processen und Rechtsgeschäften der Ehefrauen oder Töchter unter väterlicher Gewalt mit dem Ehemanne oder Vater und bei Ehestiftungen. Das koburg. Gesetz v. 6. April 1836 §. 2 erklärt die Einwilligung eines männlichen Beistandes blos bei Intercessionen der Ehefrau für den Ehemann und bei gemeinschaftlicher Aufnahme eines Darlehns durch beide Ehegatten für nothwendig. Im übrigen heben beide Gesetze die Geschlechtsvormundschaft auf.

908) Hamb. Stat. I, 9, 5. III, 6, 9. Stat. von Budissin Tit. 8, Art. 1. (Schott, Samml. 2, 25.) Henneb. Landesordn. B. 3, Tit. 6, Cap. 12. Lipp.

vormundschaft noch besteht. Aber auch da, wo diese bei unverheuratheten Frauenspersonen nicht mehr stattfindet, kommt die eheliche Vormundschaft nicht selten noch vor, und ist auch da, wo die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen durch die Particulargesetzgebung abgeschafft worden ist, durch dieselbe aufrecht erhalten worden [909]). Ueber die Art und Weise, wie die eheliche Vormundschaft entsteht, ist bereits früher gehandelt worden (vgl. diese Abth. A. BB. Nr. 1). Als Anfangspunkt dieser Vormundschaft muß jetzt gemeinrechtlich der Augenblick betrachtet werden, in welchem die Ehe eingegangen ist, da sie als Wirkung derselben anzusehen ist. Sie beginnt also bei den Protestanten gleich nach der kirchlichen Trauung, bei den Katholiken gleich nach der von Seiten der Verlobten geschehenen Erklärung des Eheconsenses vor dem Pfarrer und zwei oder drei Zeugen. Die älteren sächsischen Juristen ließen sie jedoch aus einem Mißverständnisse des Sachsenspiegels, indem sie die Vormundschaft mit der Standesgenossenschaft unter den Ehegatten verwechselten, erst mit dem Augen-

---

Verordn. wegen der Gütergemeinschaft von 1786 §. 9. Die eheliche Vormundschaft gilt ferner im Königreiche Sachsen und den übrigen Ländern sächsischen Rechtes. Vgl. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 70. Sachse, weim. Privatr. §. 230. Heimbach, sächs. Privatr. §. 94 flg.; ingleichen in Würtemberg. Weishaar, würtemb. Privatr. Th. 1, §. 267.

909) So in Bremen; s. Berck, über das Bremer Güterrecht der Ehegatten (Bremen 1832) S. 193, besonders Note 197, 199; desgleichen in Zürich; siehe Bluntschli, Zürich. Rechtsgesch. 2, 141. Ebenso besteht in dem Königreiche Sachsen und in den übrigen Ländern sächsischen Rechtes, in welchen der Sachsenspiegel gilt (vgl. den Artikel Thüringische Staaten Bd. XI, S. 2), die eheliche Vormundschaft fort, obgleich die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen abgeschafft ist. Manche dieser Aufhebungsgesetze haben die eheliche Vormundschaft ausdrücklich aufrecht erhalten. Weim. Gesetz v. 2. Febr. 1839 §. 5. Altenb. Gesetz v. 18. Nov. 1836 §. 3. Goth. Verordn. v. 6. April 1836 §. 3. Meining. Gesetz v. 19. August 1833 Art. 4. Reuß-Greiz. Gesetz v. 27. Juli 1844 §. 4. Reuß j. L. Gesetz v. 3. Oct. 1848 §. 9. Rudolst. Gesetz v. 30. März 1849 §. 7. Manche Gesetze heben zwar auch die eheliche Vormundschaft ausdrücklich auf, z. B. Sondersh. Verordn. v. 20. Oct. 1826. Bernburg. Edict v. 30. März 1784. Das erstere Gesetz hat aber den Nießbrauch und das Verwaltungsrecht des Ehemannes am eheweiblichen Vermögen aufrecht erhalten, woraus von selbst folgt, daß die Zustimmung des Ehemannes zu den Handlungen der Ehefrau nothwendig ist, insofern sein Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht dadurch afficirt wird; das letztere Gesetz bindet die Ehefrau an die Zustimmung des Mannes rücksichtlich ihrer Handlungen, außer in denjenigen Fällen, in welchen solche schon nach gemeinem Sachsenrechte entbehrlich ist. In dieser Nothwendigkeit der Einwilligung des Ehemannes zu den Handlungen der Ehefrau liegt ja aber eben das Wesen der ehelichen Vormundschaft. Ebenso hebt die Dessauer Dec. 14. v. 8. Sept. 1852 §. 12 die Geschlechtsvormundschaft auch hinsichtlich der Ehefrauen auf, verlangt aber doch zur Rechtsgiltigkeit der Geschäfte einer Ehefrau mit Dritten in der Regel Zuziehung und Zustimmung des Ehemannes. Da nun aber gerade darin das Wesentliche der ehelichen Vormundschaft besteht und auch bei gerichtlichen Handlungen der Ehefrau nach gemeinem sächsischen Rechte die Concurrenz des Ehemannes nothwendig ist, so ist das Wesen der ehelichen Vormundschaft geblieben. Vgl. Heimbach, sächs. Privatr. Bd. 1, §. 168, N. 1. Bd. 2, S. 81.

blicke der Beschreitung des Ehebettes eintreten[910]). Diese Ansicht ist aber längst schon aufgegeben und der Beschreitung des Ehebettes selbst rücksichtlich des Erbrechtes der Ehegatten, zu dessen Begründung man sie noch allein für erforderlich hielt, jeder Einfluß durch die Landesgesetzgebung abgesprochen worden[911]). Hier sind nur noch die Wirkungen und die Beendigungsarten, soweit sie der ehelichen Vormundschaft eigenthümlich sind, zu erwähnen.

a) Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auf die persönlichen Verhältnisse der Ehefrau. Die Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auf die Person der Ehefrau unterscheiden sich deshalb in manchen Stücken von den Wirkungen der gewöhnlichen Geschlechtsvormundschaft, weil erstere auch heutzutage noch eine gesetzliche und eine allgemeine Vormundschaft ist. Die eheliche Vormundschaft enthält daher nicht blos das Recht des Ehemannes, die Ehefrau bei allen vorkommenden Gelegenheiten gegen Dritte außergerichtlich zu schützen, sondern er ist vermöge derselben auch ausschließlich befugt, sie vor Gericht zu vertreten, so daß, mit Ausnahme ganz besonderer Fälle, die Frau weder für sich allein, noch mit einem anderen Curator, sei es als Klägerin oder Beklagte, vor Gericht auftreten kann, ohne daß eine unheilbare Nichtigkeit daraus entstände[912]). Die unter den Ehegatten bestehenden Güterverhältnisse machen, da diese Befugniß schon aus der Natur der ehelichen Vormundschaft folgt, dabei keinen Unterschied. Sie tritt daher nicht nur bei bestehender ehelicher Gütergemeinschaft, sondern ebensowohl bei gesonderten Güterverhältnissen ein, und deshalb bei ersterer nicht nur wegen des ihr unterworfenen Vermögens, sondern auch wegen des Sondergutes der Frau. In allen diesen Fällen ist auch nach dem heutigen Rechte der Ehemann nicht etwa ein bloßer curator ad litem, sondern er darf Namens seiner Frau (uxorio nomine) allein klagen[913]). Da aber die Ehefrau immer die eigentliche Partei bleibt, so

---

910) Coler. Decis. 66. nr. 3. Carpzov, Iurispr. for. P. III. const. 23. def. 30. nr. 5. Stryk, Us. modern. Pandect. Lib. 27. Tit. 1. §. 7.

911) Vgl. Haubold, kgl. sächs. Privatrecht §. 84. Heimbach, sächs. Privatr. Bd. 1, §. 106. Bd. 2, S. 45.

912) Hamb. Stat. v. 1603 I, 9, 1 u. 5. Revid. Lüb. Recht I, 7, 8. Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten S. 246 u. N. 238, S. 260 flg. Falck, Schlesw.-Holstein. Privatr. Bd. 4, S. 397. Bluntschli a. a. O. 2, 140. Wegen der Länder sächsischen Rechtes vgl. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 70. Heimbach, sächs. Privatr. §. 94 u. N. 3. Desselben sächs. bürgerl. Proceß Bd. 1, §. 29 u. 37.

913) Hamb. Stat. v. 1603 I, 34, 10. S. auch Stat. v. 1292 G. 28 v. 1497 E. 8 und Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 469, N. 76. Dagegen kann nach sächsischem Rechte der Ehemann, außer soweit blos sein Nießbrauch am eheweiblichen Vermögen in Frage ist, nicht allein klagen. Es ist zwar auch dieses von Manchen behauptet worden (Emminghaus, in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. zunächst für das Königr. Sachsen Bd. 1, S. 326 flg. Hänsel, Excurse zu Curtius, sächs. Civilrecht Bd. 3, S. 522). Siehe aber dagegen Heimbach, sächs. Privatr. §. 94, N. 6 und in der jurist.

hat sie überall, wo der Mann nur als ihr Vormund auftritt, wie nach dem älterem Rechte, die Eide selbst zu leisten[914]). Anders verhält es sich natürlich, wenn er blos über ihm an dem Vermögen der Ehefrau zustehende Rechte mit Dritten processirt. Auch hat hier und da die Ansicht, daß bei bestehender ehelicher Gütergemeinschaft die Ehegatten eine juristische Person in Bezug auf ihr Vermögen bilden und der Ehemann der gesetzliche Vertreter dieser juristischen Person sei, bewirkt, daß er bei allen Processen über das Gesammtgut als die eigentliche Partei betrachtet wird, und dann also auch die in denselben erforderlichen Eide selbst abzulegen hat[915]). Sowie schon nach dem älteren Rechte die

---

Abhandl. Bd. 1, S. 171—176. Auch ist das selbstständige Klagerecht des Ehemannes mit dem demselben in den sächsischen Proceßordnungen blos gestatteten mandatum praesumtum, vermöge dessen er nur actus generalis mandati für die Ehefrau unternehmen darf und auch cautio rati leisten muß, unvereinbar. Alte kursächs. PO. Tit. 7, §. 2. Ernest. PO. P. I. Cap. 3, §. 1. Eisen. PO. Tit. 2, §. 6. Rudolst. PO. P. I. Tit. 3, §. 9. Erl. kursächs. PO. Tit. 8, §. 1. Altenb. und Goth. PO. P. I. Cap. 5, §. 2. Nach den älteren sächsischen Proceßgesetzen werden die Ehefrauen allerdings allein durch ihren Ehemann als Curator vor Gericht vertreten, wenn er als solcher ihr gerichtlich bestätigt worden ist (Const. elect. Saxon. 15. P. II. Alte PO. Tit. 8, §. 2. Ernest. PO. a. a. O. §. 13. Rudolst. PO. P. I. Tit. 4, §. 1, 2). Allein in den neueren sächsischen Proceßgesetzen ist dies aufgehoben und der Ehemann kann nur mit der Frau vor Gericht auftreten.

914) Bei Eiden, welche einer Ehefrau angetragen werden, entsteht hier die Frage, inwieweit hier die Erklärung derselben über den Eidesantrag einer Zustimmung des Ehemannes bedürfe. Es ist davon auszugehen, daß es sich lediglich um eine von dem Gewissen der Ehefrau abhängige Frage handelt; denn sie muß allein sich darüber entscheiden, ob sie den Eid, wenn sie ihn annimmt, mit gutem Gewissen schwören könne oder nicht. Deshalb muß auch die Erklärung der Ehefrau rücksichtlich der Annahme oder Zurückgabe des Eides als lediglich von ihrer Entschließung abhängig betrachtet werden, ohne daß darauf, ob der Ehemann zu dieser Erklärung zugestimmt hat oder nicht, irgend etwas ankommen kann. Daß die Leistung eines einer Ehefrau zuerkannten Eides auch nur von ihr allein geschehen müsse, ist bereits im Texte bemerkt. Es fragt sich aber hierbei, ob eine Ehefrau, wenn sie im Schwörungstermine den Eid verweigert oder ausbleibt und der Ehemann nicht mit zum Schwörungstermine geladen oder zwar geladen, aber in demselben nicht erschienen war, des Eides für verlustig angesehen werden könne; ebenso fragt es sich, ob sie ohne Zustimmung des Ehemannes diejenigen Punkte, worüber sie einen ihr zuerkannten Eid schwören soll, ganz oder theilweise zugestehen könne, ohne daß es dazu einer Zustimmung des Ehemannes als ehelichen Vormundes bedürfe. Nach dem aufgestellten Princip, daß hier lediglich es auf die Entschließung der Ehefrau ankomme, weil es blos von deren Gewissen abhänge, ob sie einen ihr zuerkannten Eid schwören könne oder nicht, müssen die aufgeworfenen Fragen bejaht werden. Ausführlicher hat sich über diese Frage verbreitet Heimbach in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen von 1854 S. 341 flg.

915) Dies gilt z. B. in Bremen; s. Berck, Bremer Güterrecht der Ehegatten S. 261. Ebenso gilt dies nach der Erfahrung des Verfassers dieses Artikels im ehemaligen Fürstenthum Hildburghausen vermöge der dort bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft. Wo aber blos Gemeinschaft rücksichtlich der Errungenschaft gilt, kann unseres Erachtens diese Ansicht nicht gebilligt werden, da hier selbstständiges Vermögen beider Ehegatten neben der Errungenschaft in

Nachlässigkeit des Vormundes durch die obervormundschaftlichen Behörden zu ergänzen war (vgl. allgem. Theil Abschn. 6), so muß er auch noch heutzutage, wenn er die Ausübung des Vertretungsrechtes der Ehefrau beharrlich verweigert, es sich gefallen lassen, daß derselben ein Anderer als Curator zur Geltendmachung ihrer Rechte bestellt werde[916]. Es wird aber unseres Erachtens lediglich da zur Bestellung eines besonderen Curators in diesem Falle geschritten werden müssen, wo das Institut der Geschlechtsvormundschaft auch über unverheurathete Frauenspersonen noch existirt; denn wo dies nicht der Fall ist, läßt sich kein Grund absehen, warum hier Ehefrauen noch eines Geschlechtsvormundes bedürfen sollen, da den Frauenspersonen im allgemeinen die Fähigkeit vor Gericht zu handeln zusteht. Auch stimmt das heutige Recht darin mit dem älteren (s. diese Abth. A. CC. Nr. 8) überein, daß, wenn eine Ehefrau gegen ihren Ehemann selbst bei processualischen Handlungen oder sonst eines Vertreters bedarf, ihr in einem solchen Falle ein besonderer Vormund zugeordnet werden muß oder auch von ihr erwählt werden kann[917]. Aber auch dies ist nur auf die Länder zu beschränken, wo die Geschlechtsvormundschaft überhaupt noch gilt; denn wo dies nicht der Fall ist, bedarf auch hier die Ehefrau keines besonderen Curators, sondern handelt selbstständig[918]. Wo die eheliche Vormundschaft

---

Frage kommt und mithin bei Eiden, welche dieses selbstständige Vermögen betreffen, nur der Ehegatte, dessen Vermögen gerade in Frage steht, als zu Eidesleistungen darüber berechtigt betrachtet werden muß. Aber auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft unter Ehegatten kann der Ehemann nicht allein als der zu Eidesleistungen Berechtigte, bezüglich Verpflichtete angesehen werden. Vielmehr ist unseres Erachtens zu unterscheiden zwischen Thatsachen, welche den Ursprung des gemeinschaftlichen Vermögens betreffen, und solchen, welche sich auf Dispositionen über das Gesammtgut während der Ehe beziehen. Ueber erstere, soweit sie das von der Ehefrau herrührende, gleichviel ob zu Anfang der Ehe oder erst später eingebrachte Vermögen betreffen, kann nur die Ehefrau, als die allein zu Eidesleistungen Berechtigte, bezüglich Verpflichtete, angesehen werden, da vor allen ihr Interesse in Frage ist und sie in vielen Fällen einen Wahrheitseid wird schwören können, während der Ehemann, da häufig facta aliena in Frage sein werden, nur ein iusiurandum ignorantiae, nach sächsischem Processe ein iusiurandum credulitatis zu leisten im Stande sein wird. Ueber letztere kann allenfalls der Ehemann in Folge jener Ansicht als allein zu Eidesleistungen berechtigt betrachtet werden, obwohl jene Ansicht durchaus verwerflich ist und jene Berechtigung des Ehemannes vielmehr nur darauf gestützt werden kann, daß er vermöge des ehelichen mundium während der Ehe als der alleinige Disponent über das Gesammtgut erscheint.

916) Falck, Schleswig-Holstein. Privatr. Bd. 4, S. 398. Kraut Bd. 2, S. 330.

917) Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 466 flg.

918) So gegenwärtig nach Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft in sämmtlichen Ländern sächsischen Rechtes, soweit sie zum OAGerichte zu Jena vereinigt sind, mit Ausnahme des Herzogthums S. Meiningen in Gemäßheit des Gesetzes vom 19. August 1833 Art. 2, wornach bei Processen, Verträgen und sonstigen Rechtsgeschäften einer Ehefrau mit ihrem Manne erstere eines männlichen Beistandes bedarf.

nicht mehr besteht, kann der Ehemann nur sein Recht an dem Vermögen seiner Frau vertreten. Die Befugniß des Ehemannes, wegen der Frau zugefügter Beleidigungen zu klagen, als wären sie ihm selbst zugefügt, obgleich dieselbe ursprünglich aus der ehelichen Vormundschaft floß (vgl. diese Abth. A. CC. Nr. 6 u. 8), kann aber heutzutage nicht mehr als durch dieselbe bedingt angesehen werden, da das römische Recht dem Ehemanne schon als solchem dieselbe Befugniß zugesteht[919]) und dieser römische Grundsatz in Teutschland unbestritten anwendbar ist.

6) Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auf die Vermögensverhältnisse der Ehefrau. aa) Einleitung. Die Ansichten der Juristen über den Umfang der Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auf das Vermögen der Ehefrau sind sehr verschieden. Nach der Ansicht der älteren Juristen soll sich schon im Mittelalter, besonders in den Städten, ein System des ehelichen Güterrechtes, bei welchem die Güter der beiden Ehegatten während der Ehe ein einziges, beiden gehörendes Vermögen bildete, ausgebildet haben. Die Abweichungen der älteren Juristen bestehen nur darin, daß Einige die Ehegatten in Bezug auf dieses Gesammtgut in der Regel wie römische socii behandeln und daher ihr Recht an demselben als ein römisches Miteigenthum mit idealen Theilen betrachten[920]), Andere hingegen es als ein condominium plurium in solidum ansehen[921]), noch Andere endlich beide Ehegatten in Bezug auf das Gesammtgut für eine juristische Person halten[922]). Dagegen sind sie wieder darin einverstanden, daß sie das dem Ehemanne an diesem Gesammtgute zustehende Verwaltungs- und Nutzungsrecht nicht als eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft, sondern als Folge der hausherrlichen Gewalt des Ehemannes, seiner potestas maritalis, ansehen[923]). In der ehelichen Vormundschaft erblicken sie nur das Recht zur gerichtlichen Vertretung der Ehefrau auch ohne besonderen Auftrag, so daß diese und jenes Verwaltungs- und Nutzungsrecht neben einander als zwei in sich ganz verschiedene eigen-

---

919) §. 2. Inst. IV. 4. L. 1. §. 3. D. 47. 10.

920) Wie Lauterbach (resp. Kieffer), Diss. de communione bonorum coniugali. 1661 in Eiusd. Dissert. acad. T. III. nr. 128. §. 3. Heineccius, Elem. iur. German. T. I. Lib. 1. §. 286.

921) Veracius, libell. consuetud. principat. Bamberg. (1681) Tit. Communio bonor. Qu. 1. Lange, die Rechtsl. von der Gemeinschaft der Güther unter denen teutschen Eheleuten (1766) S. 162 vgl. mit S. 50 flg. Scherer, die verworrene Lehre der eheligen Gütergemeinschaft Th. 1, §. 46, 71.

922) Obwohl sich diese Ansicht schon bei Danz, Handbuch des teutschen Privatr. Bd. 6, S. 384 findet, so ist sie doch erst durch Hasse, Beitr. z. Revision der bisherigen Theorie von der ehel. Gütergemeinschaft, Kiel 1808, eigentlich begründet und consequent durchgeführt. Auf das Lüb. Recht hat er diese Ansicht angewendet in seiner: Skizze des Güterrechtes der Ehegatten nach einigen der ältesten teutschen Rechte, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 4, S. 60 flg. Ihm folgt Deiters, die ehel. Gütergemeinschaft nach dem Münster Provinzialrechte, dem preuß. Landrechte und ihrem Verhältnisse zu einander, Bonn 1831.

923) Runde, teutsches Privatr. §. 606. Danz a. a. O. Bd. 6, S. 406 flg.

thümliche Rechte des Ehemannes bestehen[924]. Nur in Sachsen, wo keine eigentliche Gütergemeinschaft gilt, sondern jedem Ehegatten auch während der Ehe sein Vermögen eigenthümlich zusteht, der Ehemann aber an dem eheweiblichen Vermögen das Recht der Verwaltung und Nutznießung hat, betrachten sie dieses Recht als mit in der ehelichen Vormundschaft enthalten[925]). Die neueren Juristen bis auf Kraut herab, welcher die ganze Lehre einer gründlichen Revision unterworfen hat, waren der Ansicht, daß nach dem älteren teutschen Rechte jeder Ehegatte auch während der Ehe sein eigenes Vermögen für sich behalten habe, also die Vermögensrechte durchaus nicht verschmolzen worden seien, daß aber die Vormundschaft des Ehemannes über die Frau sich auch auf deren Vermögen erstreckt habe und er vermöge derselben berechtigt gewesen sei, dasselbe zugleich mit dem seinigen als Eine Vermögensmasse zu verwalten, zu benutzen, innerhalb gewisser Grenzen zu veräußern und überhaupt dasselbe nach außen hin zu vertreten. Man könne daher den in den Rechtsbüchern ausgesprochenen Grundsatz: „Mann und Weib haben kein gezweites Gut bei ihrem Leben," auch nur von einer äußeren Ungezweitheit verstehen[926]). Dieses eheliche Güterrecht wird auch wohl mit dem Ausdrucke: äußere Gütergemeinschaft bezeichnet[926a]), im Gegensatze der eigentlichen Gütergemeinschaft, welche man die innere nennt, weil bei dieser die Rechte der Ehegatten an ihrem Vermögen auch innerlich mit einander verschmolzen sind. Nach dieser Ansicht ist die letztere ein bloßes Erzeugniß einer seit Einführung des römischen Rechtes entstandenen Theorie der Juristen, welche allerdings einige Zeit in der Praxis allgemein anerkannt worden ist und auch in einige Gesetzgebungen Eingang gefunden hat, aber nur da noch anwendbar ist, wo entweder das Letztere der Fall ist oder sie die Praxis wirklich umgestaltet hat[927]). Als Grund jener äußeren Ungezweitheit betrachten Manche blos die oben erwähnten Rechte, welche der Ehemann schon kraft der ehelichen Vormundschaft an und für sich an dem Frauengute haben soll und von diesen sprechen sich Viele nicht darüber aus, wie es komme, daß die eheliche Vormundschaft weit mehr Rechte enthalte, als die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen[928]).

---

924) Runde a. a. O. §. 584.

925) Runde §. 632. Danz Bd. 7, S. 180 flg.

926) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1, §. 62b u. Einl. in das teutsche Privatr. §. 296. Hasse, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 4, S. 68—71.

926a) Dieses System wird von Runde, teutsches ehel. Güterrecht §. 33, Beseler, teutsches Privatr. Bd. 2, §. 139 die eheliche Gütervereinigung, von Bluntschli, teutsches Privatr. Bd. 2, §. 151 die Güterverbindung, von Gerber, teutsches Privatr. §. 226 die Gütereinheit genannt, welche Kunstausdrücke Walter, teutsches Privatr. §. 192, N. 1 als nicht gut gewählt bezeichnet. Dieser selbst nennt es das in der Hand des Mannes geeinte Ehegut.

927) Eichhorn, teutsches Privatr. §. 300, 308 vgl. mit §. 168, 169.

928) Z. B. Eichhorn, teutsches Rechtsgesch. Th. 1, §. 62b und teutsches

Berck begründet dies dadurch, daß die eheliche Vormundschaft zunächst eine Rechtsgenossenschaft unter den Ehegatten hervorgebracht und der Ehemann in deren Folge jene Rechte an dem Frauengute erhalten habe[929]. Nach Anderen hingegen hat die Ungezweitheit des Vermögens der Ehegatten zunächst darin ihren Grund, daß nach teutscher Sitte beide Eheleute nothwendig Einen Haushalt führen und demgemäß die Lasten der Ehe aus den Einkünften des beiderseitigen Vermögens und aus dem Erwerbe der Ehegatten bestritten werden müßten und daß durch die auf diese Weise bewirkte Ungezweitheit des Vermögens beider Ehegatten die Vormundschaft des Ehemannes einen ganz anderen Charakter angenommen habe, als die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen[930]. Eine nothwendige Folge dieser neueren Ansicht von dem ehelichen Güterverhältnisse ist, daß, wenn dieses heuzutage noch an einem Orte besteht, wo keine Geschlechtsvormundschaft mehr gilt, man annehmen muß, daß dennoch dort entweder die eheliche Vormundschaft überhaupt noch beibehalten sei oder (wenn diese Annahme mit dem geltenden Rechte unvereinbar wäre) daß doch deren Wirkungen in Bezug auf die ehelichen Güterverhältnisse sich erhalten haben[931]. Bei diesem Widerstreite der Ansichten hat nun Kraut es für nöthig erachtet, die teutsch-rechtlichen ehelichen Güterverhältnisse einer ausführlichen Untersuchung zu unterwerfen, wobei er sich zunächst an die Quellen des Mittelalters hält. Wir folgen dieser Untersuchung und theilen das Wesentliche davon mit, indem das daraus sich ergebende Resultat noch jetzt unmittelbare praktische Geltung hat, insofern das eheliche Güterrecht an vielen Orten seit dem Mittelalter im wesentlichen sich nicht verändert hat, jedenfalls dasselbe aber die gemeinrechtliche Grundlage des heutigen teutsch-rechtlichen ehelichen Güterrechtes bildet, aus welcher die jetzige Gestalt desselben zu erklären ist. Auch liegen die Untersuchungen von Kraut den späteren Lehrbüchern des teutschen Privatrechtes zu Grunde, haben wenigstens den Stoff geliefert. Nur in einzelnen Punkten finden sich bei den Nachfolgern Abweichungen.

bb) Bestandtheile des Vermögens der Ehegatten. Da nur der Einfluß der ehelichen Vormundschaft auf das teutsche eheliche Güterrecht darzustellen ist, so sind auch nicht sämmtliche einzelne

---

Privatr. §. 296. Hosse a. a. O. Falck, Schleswig-Holstein. Privatr. Bd. 4, S. 414.

929) Berck, Bremer Güterrecht der Ehegatten §. 5, S. 15 flg.

930) Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 437 flg. Runde, teutsches ehel. Güterrecht §. 3.

931) Mittermaier, teutsches Privatr. §. 382. Runde, ehel. Güterr. S. 51. Wenn Eichhorn, teutsches Privatr. §. 325 gerade umgekehrt die Annahme vertheidigt, daß da, wo die älteren ehelichen Güterverhältnisse noch vorkommen, die eheliche Vormundschaft als eine Wirkung derselben sich bis jetzt erhalten habe, so ist dies unrichtig, da vielmehr die Vormundschaft auf das Güterrecht eingewirkt hat. Kraut Bd. 2, S. 335, N. 12.

Bestandtheile, welche das teutsche Recht in dem Vermögen der Ehegatten unterscheidet, zu erörtern, zumal dies schon in einem anderen Artikel geschehen ist[932], sondern es sind nur diejenigen hervorzuheben, ohne deren genauere Feststellung jener Einfluß nicht aufzuklären ist. In dieser Beziehung ist zunächst der Unterschied wichtig zwischen dem Vermögen, was die Ehegatten mit in die Ehe gebracht haben, dem Eingebrachten und dem erst während der Ehe von ihnen erworbenen Vermögen. Letzteres zerfällt im teutschen Rechte in die eheliche Errungenschaft oder Erkoberung (collaboratio) und allen übrigen Erwerb. Schon nach dem, was die Namen Errungenschaft oder Erkoberung andeuten, gehört zu derselben Alles, was die Ehegatten durch ihre Arbeit während der Ehe erwerben, außerdem rechnet man dazu alle Früchte aus ihrem Vermögen[933]. Bei ihr findet sich die Eigenthümlichkeit, daß niemals unterschieden wird, welche Vermögensvermehrung durch die Arbeit des Mannes und die Früchte seines Vermögens, und welche durch die Arbeit der Frau und die Früchte ihres Gutes hervorgebracht ist, sondern daß die ganze eheliche Errungenschaft stets als Eine Masse behandelt[934] und nach einem allgemeinen, jedoch verschiedenen Maßstabe unter die Ehegatten vertheilt wird. Die älteren Rechtsquellen sprechen daher immer nur von einer gemeinschaftlichen Errungenschaft. Diese Eigenthümlichkeit derselben findet theils darin ihre Erklärung, daß nach teutscher Sitte die Frau entweder an den Arbeiten des Mannes wirklich unmittelbar Theil nimmt oder doch durch die Führung des Haushaltes für ihn es ermöglicht, daß er seine Zeit und Kraft lediglich seinen Geschäften zuwenden kann, und eine ängstliche Unterscheidung bei dem Arbeitserwerbe der Ehegatten zwischen dem, was der Mann und was die Frau durch seine, bezüglich ihre Arbeit erworben hätte, sich damit nicht vereinigen ließe; theils und ganz besonders beruht diese Eigenthümlichkeit darauf, daß die Kräfte und die Geschicklichkeit der Ehegatten und ihr beiderseitiges Vermögen als ein Kapital angesehen werden, welches für den Ehestand arbeitet und dessen Einkünfte daher als die Errungenschaft des ehelichen Lebens gelten. Deshalb gehören dahin auch die rein natürlichen Früchte und die Civilfrüchte, wie Pachtgelder, Renten, Zinsen u. s. w., wenn sie auch ohne Arbeit der Ehegatten erworben werden[935]. Ebenso ist dasjenige dahin zu zählen, was die

---

932) Vgl. den Art. Güterrechte der Ehegatten Bd. IV, S. 902 flg.

933) Vgl. Solms. Landr. Tit. 28, §. 3. Kurpfälz. Landr. Th. 4, Tit. 12. Nassau-Katzenellenb. LO. Th. 4, Cap. 9, §. 1, 2. Mainz. Landr. Tit. 3, §. 3. Ostrhein. Provinzialrecht §. 526 u. 601, letzteres, soweit es Bendorf und Hachenburg betrifft.

934) Vgl. z. B. Frankf. Reform. V, 5, §. 2. Landauer Gewohnh. in Erbf. §. 22 (v. d. Nahmer 2, 880). Heilbronn. Stat. Th. 3 bei Scherer, ehel. Gütergemeinsch. 2, 110. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 338, N. 2.

935) Runde, ehel. Güterrecht §. 78, Nr. 2. Damit stimmt das preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 405 überein.

Ehegatten im Spiel, sei es auch im bloßen Glücksspiel oder in der Lotterie, gewinnen[936]), weil auch dieses nicht ohne einen Aufwand von Kräften jenes Kapitals, mögen diese nun in der Geschicklichkeit der Ehegatten oder in Theilen des Vermögens derselben bestehen, erlangt wird[937]). Der Errungenschaft wird daher auch immer dasjenige entgegengesetzt, was die Ehegatten durch Erbschaft oder Schenkung, also ganz ohne Aufwand von Kräften ihrerseits, bestehen diese nun in Arbeit oder in Theilen ihres Vermögens, erworben haben[938]). Die Errungenschaft ist demnach nicht zu verwechseln mit dem den Gegensatz zu den Erbgütern bildenden wohlgewonnenen Gute, wozu außer der Errungenschaft auch das den Ehegatten Geschenkte oder ihnen von Anderen als von Verwandten Vermachte gehört[939]). Aller nicht zur Errungenschaft gehörige Erwerb der Ehegatten während der Ehe steht in rechtlicher

---

936) Preuß. Landr. a. a. O. §. 404. Seibertz, Statutarrecht §. 186. Schmitthenner, teutsches Güterrecht der Ehegatten, in besonderer Anwendung auf den kgl. preuß. ostrhein. Bezirk (Neuwied 1842) S. 128 flg.

937) Kraut Bd. 2, S. 339. Walter, teutsches Privatr. §. 222. Die allovio, das verlassene Flußbett, die entstandene Insel und der Antheil des Finders an dem von ihm gefundenen Schatze können als rein zufälliger Erwerb nicht zur Errungenschaft gerechnet werden. Danz, Handb. des teutschen Privatr. Bd. 7, S. 30. Kraut a. a. O. N. 6. Walter, teutsches Privatr. §. 222, der jedoch hinsichtlich des Antheiles am Schatze anderer Meinung ist. Jedoch sind die Ansichten der Schriftsteller darüber sehr verschieden; vgl. Gründler, Polemik Th. 8, §. 570. Schmitthenner a. a. O. §. 46.

938) Kurpfälz. Landr. Th. IV, Tit. 12. Frankf. Reform. V, 5, §. 3. Nassau-Katzenellenb. LO. IV, 9, §. 3. Mainz. Landr. Tit. 3, §. 2. Frankf. Landgerichtsordnung III, 96, §. 3, 4. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 1, §. 402, 403. Wenn Manche, z. B. Danz a. a. O. S. 10 flg., Hochzeits- und Kindbettsgeschenke ausnehmen, so ist dies nicht zu billigen. S. Hasse, Rev. der Theorie von der ehel. Gütergemeinsch. §. 65. Dagegen gehören Geschenke, welche in der That nur Belohnungen für gehabte Bemühungen sind, z. B. Trinkgelder, zur Errungenschaft. Kraut a. a. O. S. 340, N. 7. Ebenso remuneratorische Schenkungen, und Schenkungen, welche gemeinschaftlich an beide Ehegatten gemacht sind, weil sie als um der Ehe willen gegeben, also gleichsam als durch die Ehe verdient zu betrachten sind. Walter, teutsches Privatr. §. 222. — Daß der Begriff der Errungenschaft, wie er nach den im Eingange der Note erwähnten späteren Rechtsquellen aufgestellt worden ist, schon in der ältesten Zeit derselbe war und namentlich die Früchte des Vermögens der Ehegatten dazu gehörten, ergiebt sich nebst anderen erst später zu erwähnenden Belegen aus L. Wisigoth. IV. 2. 16. Hiernach soll der Antheil jedes Ehegatten an der gemeinsamen Errungenschaft sich nach der Größe seines eigenthümlichen Vermögens richten. Dies kann nur darin seinen Grund haben, daß die Früchte des letzteren mit zu ersterer gehören. Ebenso werden unter den von jedem Ehegatten besonders erworbenen Gegenständen, welche nach dem zweiten Theile der Stelle dessen Erben ausschließlich erhalten sollen, die Früchte von seinem Vermögen nicht mit aufgeführt, was doch gewiß geschehen wäre, wenn sie nicht zu der nach eigenthümlichen Grundsätzen zu vertheilenden gemeinsamen Errungenschaft gehörten. Kraut a. a. O.

939) Verm. Sachsensp. I, 45, 2 u. 47, 4. Hamburg. Stat. v. 1497 K. III. S. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 538. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 1, §. 4.

Beziehung dem Eingebrachten völlig gleich[940]) und ist daher unter dem Ausdrucke Eingebrachtes im weiteren Sinne stillschweigend mit begriffen. Durch die Ausdrücke Eingebrachtes und Errungenschaft wird mithin immer das ganze Vermögen der Ehegatten bezeichnet, und wenn weiter in der Lehre von der ehelichen Vormundschaft von dem Eingebrachten die Rede ist, so bezeichnet es auch alles während der Ehe erworbene Vermögen, soweit es nicht zur Errungenschaft gehört. — Wird während der Ehe etwas aus den Mitteln dieser verschiedenen Vermögensmassen angeschafft oder werden einzelne Bestandtheile derselben veräußert, so fällt nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes das Angeschaffte, wenn nichts Anderes verabredet wird, immer ohne weiteres der Vermögensmasse zu, der die Mittel zur Anschaffung entnommen sind, und ebenso tritt der Erlös des Veräußerten in dessen Stelle ein. Es gilt also in dieser Beziehung im teutschen Rechte der Grundsatz: res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei[941]). Hiermit erledigt sich auch die bestrittene Frage, ob Sachen, auf welche einem der Ehegatten schon vor der Ehe eine Forderung zustand, an denen aber erst während der Ehe das Eigenthum erworben wird, zu seinem Eingebrachten oder zur Errungenschaft zu rechnen sind[942]). Beruht nämlich der

---

940) Mainz. Landr. Tit. 3, §. 2. Landauer Gewohnheiten in Erbfällen §. 21 (v. d. Nahmer 2, 880). Darauf beruht das Rechtssprüchwort: „eingebracht Gut ergreift auch Erbgut." S. Eisenhart, teutsches Recht in Sprüchwörtern Abth. 2, IV, Nr. XXII.

941) Dies ergiebt eine Reihe Belege älterer und neuerer Rechtsquellen. Vgl. Lüb. Recht Cod. Hach. II. 41. Lüb. Niederstadtbuchs-Inscription v. 1327 bei Pauli, Abhdl. aus dem Lüb. Rechte Th. 1, S. 95 (s. Pauli ebd. S. 91 flg., 94 flg.). Hamburg. Stat. v. 1270 I, 20 (vgl. Stat. v. 1292 E. XV, v. 1497 G. VII). Rechtsb. Ruprecht's von Freysingen §. 178. Trier. Landr. Tit. 6, §. 32. Pfälz. Landr. Th. 4, Tit. 12 a. E. Nassau-Katzenellenb. LO. Th. 4, Cap. 9. S. noch Frankf. Reform. V, 5, §. 4. Wetzlar. Reform. IV, §. 6. Cod. civil art. 1433. Bad. Landr. Art. 1433a. A. M. sind zwar Eichhorn, teutsches Privatr. §. 313, II, 1. Mittermaier, teutsches Privatr. §. 408, III, 9 (6. Ausg.). Runde, ehel. Güterrecht §. 78, Nr. 4, 5. Schmitthenner, Güterrecht der Ehegatten §. 43, welche sowohl das Angeschaffte als das Aequivalent für das Veräußerte in Ermangelung anderer Verabredung immer als zur Errungenschaft gehörig betrachten, und nur der Vermögensmasse, aus welcher etwas in die andere verwendet ist, eine Forderung gegen diese dafür einräumen. Schmitthenner giebt zwar zu, daß der Inhalt der Statuten in dieser Beziehung von seiner Behauptung abweiche, will aber dies aus der Ansicht der zur Zeit ihrer Abfassung geltenden Praxis erklären. Man betrachtet freilich gewöhnlich diese Ansicht der Praxis als auf einem Mißverständnisse des römischen Rechtes beruhend. Allein mit Kraut Bd. 2, S. 343, N. 10, welchem auch Walter, teutsches Privatr. §. 222 beipflichtet, ist gerade das umgekehrte Verhältniß anzunehmen, nämlich daß auch hier die römisch gebildeten Juristen die in Teutschland geltende Praxis auf das römische Recht zurückführen wollten und sie daher nothwendig dasselbe mißverstehen mußten. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Gründler, Polemik Th. 3, §. 572.

942) Zu dem Eingebrachten zählen solche Sachen Wesel, de connubiali societate II. 18. Mittermaier, teutsches Privatr. (Ausg. 6) §. 408, III, 7; zu der Errungenschaft Schmitthenner a. a. O. §. 42.

Erwerb dieser Sachen auf einem lucrativen Titel, so gehören sie, wie alles einem Ehegatten Geschenkte, zu seinem Eingebrachten im weiteren Sinne. Wird aber eine Entgeltung für den Erwerb entrichtet, so sind sie zu derjenigen Vermögensmasse zu rechnen, aus welcher diese Entgeltung genommen ist[943]). Dasselbe gilt namentlich auch von den Sachen, welche durch Ausübung des Retractsrechtes von Seiten eines der Ehegatten während der Ehe erworben worden sind[944]).

cc) Einfluß der ehelichen Vormundschaft auf das Vermögen der Ehefrau überhaupt. Unbestritten erstreckt sich die Vormundschaft des Ehemannes über die Ehefrau auch auf deren Vermögen, und es wird dies auch in den älteren Rechtsquellen häufig ausdrücklich gesagt[945]). Hierbei hat Kraut[946]) auf einen früher nicht hervorgehobenen Hauptunterschied aufmerksam gemacht, welcher sich in der hier fraglichen Beziehung in den Rechtsquellen des Mittelalters zeigt und darin besteht, daß der Sachsenspiegel dem Ehemanne eine Gewere am Vermögen der Frau beilegt, während den übrigen Rechtsquellen, namentlich dem Schwabenspiegel, eine solche unbekannt ist[947]). Daß nach dem Schwabenspiegel der Ehemann keine Gewere am Vermögen der Frau hat, geht nicht nur aus dem gänzlichen Stillschweigen dieses Rechtsbuches darüber, sondern ganz besonders auch daraus hervor, daß in demselben, obschon der Sachsenspiegel dessen Grundlage bildet (eine Ansicht, die wir ungeachtet der dagegen in neuester Zeit erhobenen Zweifel noch immer für die richtige halten müssen), alle Stellen des letzteren, welche von der Gewere des Mannes und deren Wirkungen sprechen,

---

943) Kraut Bd. 2, S. 343. Walter a. a. O. §. 222 und N. 9. Dagegen will Runde, ehel. Güterrecht §. 78, Nr. 3, 6, das vor der Ehe gekaufte, aber erst in der Ehe tradirte und aus der Errungenschaft bezahlte Grundstück zum Sondergut zählen und der Errungenschaft nur einen Anspruch auf Ersatz zugestehen. Allein offenbar ist hier nicht die Zeit des entstandenen persönlichen Anspruches, sondern die Zeit und das Mittel des vollendeten Erwerbes für die Entscheidung das überwiegende Moment. Umgekehrt wollen Andere lediglich auf den Zeitpunkt des vollendeten Erwerbes, nicht auf das Mittel desselben sehen, so daß in jedem Falle das Grundstück zur Errungenschaft gehöre, nur mit der Verpflichtung der Vergütung, wenn der Kaufpreis aus dem Sondergute genommen ist.

944) Von den Rechtsquellen spricht sich blos das Trier. Landr. VI, §. 11, freilich abweichend vom Texte, darüber aus, nämlich dahin, daß der Erwerb durch Ausübung des Retractsrechtes nicht zur Errungenschaft gehöre, sondern dem das Retractsrecht ausübenden Ehegatten allein verbleibe, welcher jedoch dem anderen Ehegatten die Hälfte des aus gemeinschaftlichen Mitteln dazu verwendeten pretium nach Auflösung der Ehe vergüten müsse. Dagegen rechnet Schmitthenner a. a. O. S. 127, N. ** solche Sachen immer zur Errungenschaft.

945) Z. B. L. Burgund. Addit. I. Tit. 13. Schöffenurth. bei Böhme 6, 111, Nr. 5.

946) Bd. 2, S. 344 flg.

947) Die Stellen des Sachsenspiegels, welche eine Gewere des Mannes an dem Frauengute erwähnen, sind: Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 2 (wo zweimal davon die Rede ist). Sächs. Lehnr. 74, §. 1.

absichtlich weggelassen sind. Bei Untersuchung der Rechte des Mannes an dem Frauengute sind nun diejenigen Rechte zu unterscheiden, welche ihm schon vermöge der ehelichen Vormundschaft an und für sich zukommen, und diejenigen, welche blos Folge jener Gewere sind. Selbstverständlich müssen alle Rechte, welche ihm der Schwabenspiegel und überhaupt die nichtsächsischen Rechtsquellen an dem Frauengute beilegen, ohne weiteres zur ersten Klasse gezählt werden. Dabei warnt Kraut noch davor, alle Rechte des Mannes über das Vermögen seiner Frau als Ausflüsse seiner ehelichen Vormundschaft, sei es nun an und für sich oder der durch diese begründeten Gewere, zu betrachten, da dem Manne noch ganz unabhängig von der ehelichen Vormundschaft die Herrschaft im Hause zustehe, welche auch ihm natürlich Rechte über das Vermögen der Frau geben könne. Zu der letzteren Klasse von Rechten zählt Kraut alle diejenigen Rechte, welche die Frau nur, wenn der Mann abwesend oder sonst an der Geltendmachung seiner ehemännlichen Rechte verhindert ist, nicht blos über ihr Vermögen, sondern auch über das ungezweite Gut überhaupt, also auch über das Vermögen ihres Ehemannes auszuüben hat, indem der Frau eine Vormundschaft über ihren Mann natürlich schlechterdings nicht zustehen könne, dagegen die Herrschaft im Hause, wenn er sie nicht ausüben kann, auf sie übergehe. Dagegen halten es Andere [948]) für nicht gerechtfertigt, zwischen der ehelichen Vormundschaft und der ehelichen Herrschaft des Mannes einen scharfen Unterschied durchzuführen und jedem dieser beiden Gesichtspunkte sein genau begrenztes Gebiet von Rechten und Wirkungen anzuweisen, indem dadurch dem teutschen Rechte viel zu bewußte Abstraction untergelegt werde; es sei überhaupt irrig, wenn man das teutsche Mundium lediglich mit der römischen Tutel vergleiche, da damit auch ein Element von Gewalt verbunden gewesen sei, welche sich nach den Gegenständen verschieden geäußert habe. Bei diesem Widerstreite der Ansichten kann soviel zugegeben werden, daß es nicht zu erwarten ist, daß sich in der älteren Rechtsanschauung die verschiedenen Befugnisse, welche dem Manne als Hausherr und als ehelichen Vogt zustanden, immer klar geschieden haben sollen, zumal wenn es zunächst nur auf die allgemeine Bezeichnung seiner Gewalt ankam, und hieraus erklärt sich, daß schon ältere Rechtsquellen die Befugnisse des Mannes auf seine vormundschaftliche Gewalt zurückführen [949]), deren nächste Bestimmung doch war, die beschränkte Rechtsfähigkeit der Frau zu ergänzen und Schutz und Vertretung zu gewähren. In der Sache selbst müssen wir aber den von Kraut gemachten Unterschied als begründet anerkennen, zumal es auch nicht an Stellen der Rechtsquellen fehlt, welche die Eigenschaft des Mannes als Haupt der ehelichen Gemein=

---

948) Z. B. Bluntschli, teutsches Privatrecht Bd. 2, §. 153, Nr. 1. Walter a. a. O. §. 191, N. 1.

949) Vgl. die in Note 945 angeführten Stellen.

schaft und die als ehelicher Vormund auch in der Bezeichnung unterscheiden[950]). Man kann daher auch die von Kraut versuchte genaue Begrenzung der in beiden Eigenschaften dem Manne zustehenden Rechte nicht tadeln. Wir halten also an dem von diesem Schriftsteller aufgestellten Unterschiede fest[951]).

dd) Gewere des Mannes am Vermögen der Frau. Die Gewere des Mannes an dem Vermögen der Frau wurde bis zu Kraut von den Neueren gewöhnlich als eine ganz eigenthümliche Art der Gewere betrachtet und angenommen, daß diese schon im Sachsenspiegel[952]) mit dem Kunstausdrucke: Gewere zu rechter Vormundschaft bezeichnet sei. Dagegen ist mit Kraut Folgendes einzuwenden. Die Annahme, daß der Sachsenspiegel hier einen Kunstausdruck gebraucht habe, hat schon das gegen sich, daß derselbe in diesem Rechtsbuche nur Einmal in der in der Note angeführten Stelle vorkommt und sich auch in keiner anderen Rechtsquelle findet, außer in einer solchen, in welcher der fragliche Artikel des Sachsenspiegels wörtlich aufgenommen ist[953]). Dann ist es aber auch unrichtig, die Worte: „zu rechter Vormundschaft", hier mit dem Ausdrucke: Gewere dergestalt zu verbinden, daß sie mit diesem zusammen als eine eigenthümliche Benennung für jene Gewere des Mannes erscheinen, indem dann schwerlich die Worte: „all ir gut" dazwischen gesetzt sein würden. Die fragliche Stelle des Sachsenspiegels will weiter nichts sagen, als: wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er all' ihr Gut in seiner Eigenschaft als rechter Vormund in seine Gewere. Jene Worte bezeichnen also keine Gewere von einer besonderen Eigenschaft, sondern die Eigenschaft, in welcher der Ehemann die Gewere an dem Gute seiner Frau erhält[954]). Diese Auslegung wird noch dadurch bestätigt, daß die anderen Stellen des Sachsenspiegels[955]) nur von einer Gewere an dem Gute der Frau, welche der Mann in Vormundschaft empfangen, oder kraft der Vormundschaft über sie habe, sprechen. Ob aber doch die Gewere des Mannes an dem Gute der Frau eine eigenthümliche Art der Gewere sei oder nicht, ist erst später bei der Untersuchung der Rechte desselben an dem Vermögen der Frau zu beantworten. — Sowie überhaupt mit der Gewere an einer Sache das Eigenthum daran nicht zu verwechseln ist, so

---

950) Schwabensp. Cap. 10 (Wackernagel): „Daz ist da von, daz der man des wibes voget und ir meister". Ostfries. Landr. B. 2, Cap. 189: „Dan de man is alle tyt ein hovet synes Wywes und synes Wywes Vormunder."

951) Damit stimmt auch Beseler, teutsches Privatrecht Bd. 2, §. 136 überein.

952) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 2.

953) Sächs. Distinct. bei Pölman I, 9, 5.

954) Auf gleiche Weise heißt es in dem sächs. Lehnr. 56, §. 2 von dem Lehnträger der Frau: „Stirft aver die vrowe — sin lenunge hevet ende, die he to vormuntscap untvieng"; wo die Worte: „to vormuntscap", auch nur bezeichnen sollen, in welcher Eigenschaft er die Belehnung erhalten habe.

955) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 2 a. E. Sächs. Lehnr. 74, §. 1.

folgt auch daraus, daß der Ehemann die Gewere an dem Gut seiner Frau hat, noch nicht, daß ihm das Eigenthum daran zusteht; es müßte also, wenn man ihm das Eigenthum neben der Gewere beilegen wollte, dasselbe erst besonders nachgewiesen werden. Ein solcher Nachweis ist nun aber nicht nur nicht möglich, sondern es läßt sich geradezu im Gegentheil beweisen, daß die Ehefrau an ihrem Gute ungeachtet der ihrem Ehemanne daran zustehenden Gewere das Eigenthum hat. Zuerst ergiebt sich dies schon daraus, daß es in den Rechtsbüchern heißt, Mann und Weib hätten kein gezweites Gut bei ihren Lebzeiten[956]). Denn wäre der Mann Eigenthümer des Vermögens seiner Frau, so würde es offenbar heißen müssen: die Frau habe kein Vermögen während der Ehe, sondern der Mann. Ein Miteigenthum oder Gesammteigenthum des Mannes, welches etwa durch die eben erwähnte Redensart der Rechtsbücher bezeichnet worden sein könnte, wird aber dadurch ausgeschlossen, daß im Sachsenspiegel häufig die Ausdrücke wiederkehren: des Weibes Gut, ihr Gut, ihr Eigen, ihre fahrende Habe[957]); diese Ausdrücke machen den Gedanken an ein solches Miteigenthum oder Gesammteigenthum unmöglich. — Die Frage anlangend, welche Bestandtheile der in der Ehe vorhandenen Gütermasse zu dem Vermögen, an welchem die Frau auch während der Ehe das Eigenthum hat, gehören, so muß ohne Zweifel dahin sowohl deren eigentliches Eingebrachtes, als auch das ihr durch Erbschaft oder Schenkung Zugefallene gerechnet werden. Die eheliche Errungenschaft zählen dagegen die Neueren zu dem alleinigen Vermögen des Mannes. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Ansicht läßt sich erst bei Gelegenheit der Frage, ob der Ehemann nach teutschem Rechte den Nießbrauch an dem eheweiblichen Vermögen habe, prüfen. Dagegen ist hier die zuerst von Kraut aufgestellte Ansicht über die Gerade zu erwähnen[958]), welcher auch die neueren Germanisten sich anschließen. Bekanntlich erhält die Ehefrau, wenn sie ihren Mann überlebt, die Gerade aus dem bis dahin ungezweiten Gute, und stirbt sie vor ihm, so bekommen dieselbe ihre weiblichen Verwandten oder Nifteln. Unbestritten gehören alle bei dem Eintritte eines dieser Fälle in den Geweren des Mannes sich vorfindenden Gegenstände, welche den Charakter der Gerade an sich tragen, zu derselben, gleichviel ob sie ursprünglich von der Frau oder von dem Manne herrühren. Dagegen ist es unter den Neueren sehr streitig, ob alle diese Gegenstände schon während der Ehe als Eigenthum der Frau zu betrachten seien oder ob nicht vielmehr die Gerade sich erst bei Auflösung der Ehe bilde[959]). Die erstere Ansicht hat Kraut mit über=

---

956) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 1. (Rechtsb. nach Distinct. I, 20, 18.) Schwabensp. (W.) 33, Z. 1 (277, 1).

957) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31. Art. 45, §. 2, wo sich diese verschiedenen Ausdrücke finden.

958) Vgl. Kraut Bd. 2, S. 354 flg.

959) Die erstere Ansicht haben namentlich Hasse, in der Zeitschr. f. gesch.

wiegenden Gründen vertheidigt. Zuvörderst enthalten die beiden alten Volksrechte, welche die Gerade erwähnen, einen Beleg dafür. In dem einen, dem thüringer[960]), wird die Gerade ornamentum proprium der verstorbenen Mutter genannt, also ihr das Eigenthum daran beigelegt, ohne daß man doch die betreffende Stelle, weil sie ganz allgemein spricht, blos von dem Falle verstehen dürfte, wo die Frau erst nach dem Manne stirbt. In dem anderen Volksrechte, dem burgundischen[961]), wird in dem cap. 3 die Gerade bezeichnet durch den Ausdruck: ornamenta et vestimenta matrimonialia, und diese werden in dem folgenden Kapitel matris propria ornamenta vestesque genannt, also auch hier die Mutter als Eigenthümerin derselben betrachtet. Ebenso heißt in dem ältesten Soester Stadtrechte die Gerade in Bezug auf die Tochter: matris mobilia[962]). Einen anderen Beleg für die aufgestellte Behauptung liefert die Lex Saxonum. In dieser wird nämlich im 8. Titel von der Leibzucht (dos) der Frau gesprochen, woran sich dann im 9. Titel folgende Worte schließen: De eo, quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat: hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Augrarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. Sowenig auf den ersten Blick diese Stelle geeignet erscheint, etwas zu beweisen, da in ihr der Gerade mit keinem Worte Erwähnung geschieht, daher sie denn oft auch zum Beweise dafür angeführt worden ist, daß die Gerade zur Zeit der Abfassung der Lex Saxonum den Sachsen noch nicht bekannt gewesen sei, so ist doch letzteres schon deshalb schwer zu glauben, weil sich das Institut der Gerade später ganz allgemein in den Gegenden sächsischen Rechtes findet und dies unmöglich eine ganz zufällige Veranlassung haben kann, sondern nothwendig auf einer den sächsischen Stämmen gemeinsamen Rechtsidee, welche auch nicht erst damals entstanden sein konnte, beruhen muß. Alles erklärt sich einfach durch die Annahme, daß in jenen beiden Titeln nur von demjenigen die Rede sei, was die den Mann überlebende Frau von seinem Vermögen erhält, daß dabei aber als sich ganz von selbst verstehend vorausgesetzt und deshalb nicht ausdrücklich erwähnt werde, daß die Frau ihr eigenes Vermögen in diesem Falle wieder an sich nehme und daß dazu auch die Gerade gehöre. Dies erhält noch dadurch Bestätigung, daß darin auch nicht gesagt wird, daß die Frau nach dem Tode des Mannes ihre Grundstücke zurück erhalte, die doch ohne Zweifel nicht auf dessen Erben übergingen. Endlich ließe sich, wenn man nicht annähme, daß der Frau schon während der Ehe das Eigenthum an der Gerade zustehe, kaum begreifen,

---

RW. Bd. IV, S. 75. Albrecht, Gewere S. 265 flg., 270 flg. Kraut Bd. 2, S. 355 flg., letztere namentlich Heise u. Cropp, jurist. Abh. Bd. 2, S. 450, N. 87. Sydow, Darst. des Erbrechtes nach dem Sachsenspiegel S. 238 und Brackenhöft im Artikel Güterrechte der Ehegatten Bd. IV, S. 911.

960) L. Angl. et Wer. 6. 6.

961) L. Burgund. Tit. 51. cap. 3 et 4.

962) Stat. Susat. art. 46.

warum die Gerade, wenn die Frau vor ihrem Manne stirbt, nicht blos auf deren nächste Nifteln vererbt, sondern auch, wenn sie solche nicht hat, von dem Richter mit Ausschluß des Ehemannes als erbloses Gut eingezogen wird[963]. Wenn man nach dem Grunde fragt, warum die unter den Begriff der Gerade fallenden Sachen schon während der Ehe als Eigenthum der Frau angesehen werden, so kommt es aber dabei vor Allem auf gehörige Feststellung des allgemeinen Charakters der Gerade an. Man setzt diesen gewöhnlich darin, daß die zur Gerade gehörigen Sachen solche Dinge seien, „welche sich unter den Händen der Frauen befanden, womit diese ihr Wesen trieben, wofür sie wirkten und webten, was sie verarbeiteten, durch deren Vermehrung sie vorzüglich das ungezweite Gut vermehrten, also was auch besonders ihrem Erwerbe hingegeben war"[964]. Vergleicht man aber damit das im Sachsenspiegel[965] enthaltene Verzeichniß der zur Gerade gehörigen Sachen, so ist nicht zu begreifen, weshalb nur das zu Frauenkleidern verschnittene Laken zur Gerade gehörte, nicht aber das dazu noch nicht verschnittene, da doch nach alter teutscher Sitte das eine im Zweifel ebensowohl durch die Frau gemacht war als das andere. Auf der anderen Seite ist bei dieser Annahme ebensowenig begreiflich, warum man nicht auch noch andere Dinge zur Gerade rechnete, z. B. Hühner und Schweine, deren Wartung und Pflege doch auch wohl und selbst ausschließlich von der Frau besorgt wurde, welche jedenfalls mit diesen Thieren mehr zu thun hatte, als mit den zur Gerade gehörigen Schaafen, deren Wartung und Verpflegung, wenn auch das Scheeren derselben und das Kratzen der Wolle von Frauen besorgt wurde, doch gewiß besonders Männern überlassen war. Der Begriff der Gerade ist vielmehr mit Kraut darin zu setzen, daß sie eine weibliche Aussteuer ist und solche Gegenstände enthält, welche entweder die alten Teutschen überhaupt oder doch die alten Sachsen den Frauen mit in die Ehe zu geben pflegten. Dies ist in Ansehung der übrigen zur Gerade gehörigen Sachen, mit Ausnahme der Schaafe und Gänse leicht begreiflich, da sie auch heute noch Gegenstände der Aussteuer zu sein pflegen. Schaafe und Gänse gehörten aber deshalb zur Gerade, weil sie besonders zur Erhaltung der anderen Bestandtheile der Aussteuer in gehörigem Stande dienten. Ebenso sieht man bei dieser Annahme leicht ein, weshalb nur zu Frauengewand schon verschnittenes, nicht aber unverschnittenes Laken zur Gerade gerechnet wurde; denn letzteres pflegt keinen Gegenstand der Aussteuer auszumachen. Das Bedenken, daß, wenn die Gerade den Charakter einer weiblichen Aussteuer hätte, doch auch Hühner und Schweine zur Gerade hätten gerech-

963) Sächs. Landr. B. 1, Art. 28 vgl. mit B. 3, Art. 15, §. 4. Hoffmann, Statuta localia Th. 1, S. 165, §. 138. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 315. Sydow, Erbrecht S. 298 vgl. mit S. 287.

964) Hasse, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IV, S. 75. Vgl. Sydow, Erbrecht S. 258 flg.

965) Sächs. Landr. B. 1, Art. 24, §. 3.

net werden müssen, da man sie wohl damals ebenso wie jetzt den Frauen mit in die Ehe zu geben pflegte, beseitigt sich dadurch, daß vorzugsweise zum Verzehren bestimmte Sachen, welche die Frauen mit in die Ehe bringen, niemals einen Gegenstand der eigentlichen Aussteuer bilden, welche vielmehr immer aus solchen Sachen besteht, welche durch den Gebrauch für die Wirthschaft sich wohl allmälig abnutzen, aber doch einen anderen Gebrauch als durch Verzehrung zulassen. Der Charakter der Gerade als Aussteuer erklärt auch ganz natürlich deren ausschließliche Vererbung auf die weiblichen Verwandten; es sollte nämlich dadurch dafür gesorgt werden, daß jede Frau, womöglich, immer eine Aussteuer hätte. Endlich sprechen dafür die Ausdrücke: eine Tochter barwden oder ausraden, d. h. ausstatten oder aussteuern, also mit einer Gerade versehen[966]). Daß die Sachen, welche die Frau als Aussteuer mit in die Ehe gebracht oder während derselben geerbt oder auch geschenkt erhalten hatte, fortwährend ihr Eigenthum blieben, entspricht den Grundsätzen des teutschen Rechtes so, daß, wenn die Gerade nur solche Gegenstände enthielte, es keiner Erklärung bedürfte, warum sie fortwährend als Eigenthum der Frau galten. Es wurden aber alle den Charakter der Gerade an sich tragenden Sachen, welche sich bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten in den Gewehren des Mannes befanden, zur Gerade gerechnet, ohne Rücksicht darauf, wie sie in dieselben gekommen waren. Dies bedarf noch der Erklärung. Die Arten, wodurch solche Sachen, soweit sie nicht aus Gegenständen bestehen, welche von der Frau ererbt oder ihr geschenkt sind, möglicherweise in die Geweren des Mannes gekommen sein können, sind nur folgende. Erstens müssen sie entweder aus dem Arbeitserwerb der Ehegatten hervorgegangen oder Früchte ihres Vermögens sein, also zur Errungenschaft gerechnet werden können, oder sie müssen zweitens dem Ehemanne schon vor Eingehung der Ehe gehört haben oder auch von demselben während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung erworben sein. Davon, warum es natürlich war, alle zur Errungenschaft gehörigen Sachen, welche den Charakter der Gerade hatten, als Eigenthum der Frau anzusehen, wird später bei der Frage, ob dem Ehemanne nach teutschem Rechte der Nießbrauch an dem eheweiblichen Vermögen zustehe, die Rede sein. Daß auch die zweite Art Gegenstände, welche den Charakter der Gerade an sich tragen, in den Besitz des Mannes gekommen seien, ist für die ältere Zeit kaum denkbar. Denn ein Erwerb solcher Sachen von Seiten des Ehemannes vor oder während der Ehe durch Erbfolge war nach den älteren teutschen Grundsätzen über die Vererbung der Gerade kaum möglich. Eine Anschaffung solcher Sachen von seiner Seite während des ledigen Standes oder ein Erwerb derselben während dieses Standes durch Schenkung von Seiten eines

966) Haltaus, Glossar. p. 134. Sächs. Landr. B. 1, Art. 5, §. 2. Goslar. Stat. S. 4, Z. 4 flg., Z. 12, 13. Rechtsb. nach Distinct. I, 9, 2.

Anderen ist ebenfalls kaum denkbar, da das ihm für seine Person von derartigen Sachen Nöthige zu seinem Heergewette gehörte, und wenn er eine eigentliche Hauswirthschaft beginnen wollte, er auch gewiß immer eine Frau mitbrachte, welche ihm solche Sachen mitbrachte, oder, wenn dies nicht der Fall war und er sie sich selbst anschaffte oder geschenkt erhielt, dies doch gewiß immer nur in der Absicht, der Frau damit ein Geschenk zu machen, geschah. Kaufte er endlich während der Ehe solche Sachen aus eigenen Mitteln oder erhielt sie geschenkt, so war dabei gewiß auch nur die Vergrößerung der Aussteuer der Frau oder deren Erhaltung in ihrem bisherigen Stande beabsichtigt. Kam es aber auch ausnahmsweise vor, daß der Ehemann durch einen der unter die erste Art gehörigen Erwerbsgründe in den Besitz von Sachen, welche den Charakter der Gerade hatten, gekommen war, so war es doch bei der geringen Anzahl solcher Sachen im Verhältnisse zu den von der Frau eingebrachten sehr natürlich, daß man beide während der Ehe dergestalt mit einander verband, daß deren Sonderung bei Auflösung der Ehe schwierig war und daß man daher wegen Schwierigkeit des Beweises sie sämmtlich als Eigenthum der Frau ansah, ganz so wie man umgekehrt Alles, was der Mann als Heergewette benutzt hatte, als sein Eigenthum betrachtete, sollten sich gleich darunter ursprünglich der Frau gehörige Sachen befinden. Das Bisherige wird dadurch bestätigt, daß in späterer Zeit, wo, namentlich in den Städten, es weit öfter als früher vorkam, daß Sachen, welche den Charakter der Gerade hatten, ursprünglich dem Manne gehört hatten, man entweder solche Sachen nur dann noch zur Gerade der Frau zählte, wenn ihr der Mann deren Gebrauch überlassen und sie nicht für sich behalten hatte [967]), oder daß man selbst verordnete, es sollten zur Gerade nur solche Stücke gehören, welche von Anfang an Eigenthum der Frau gewesen waren [968]).

cc) **Umfang der Gewere des Mannes an dem Vermögen der Frau.** Im Sachsenspiegel [969]) heißt es ausdrücklich, der Mann nehme *alles* Gut seiner Frau vermöge seiner Vormundschaft über sie in seine Gewere. Ohne Zweifel umfaßt der Ausdruck: alles Gut auch dasjenige, woran sie, um unseren jetzigen Sprachgebrauch hierbei anzuwenden, ein bloßes ius in re aliena hat. Hat die Frau ein Lehn- oder Zinsgut, so kommt daher auch dieses in die Gewere des Mannes [970]), ja sogar das Gut, woran ihr, wenn sie schon früher ver-

967) Zeitz. Stat. v. 1562 Tit. Von der Gerade, Art. 2. (Hoffmann, Statuta localia 2. 882.) Daraus erklärt sich auch, daß Sachen, welche der Mann zu seinem Gewerbe brauchte, wenn sie auch den allgemeinen Charakter der Gerade hatten, doch nicht zu derselben gehörten. Siehe z. B. sächs. Weichb. Art. 23 und die Glosse dazu; Rechtsb. nach Distinct. 1, 9, 2.

968) Urkunde der Herzöge Otto und Wilhelm von Braunschweig-Lüneb. von 1329 bei Scheidt, Mantissa docum. p. 584 abgedruckt bei Kraut §. 80, N. 19, Bd. 2, S. 362 flg.

969) Sächs. Landr. B. 1, Art. 3, §. 2.

970) Sächs. Lehnr. 74, §. 1.

heurathet war, ihr früherer Ehemann eine Leibzucht bestellt hat[971]). Ebenso unzweifelhaft kann er an den Bestandtheilen des eheweiblichen Vermögens, welche überhaupt nicht Gegenstände der Gewere sind, z. B. an bloßen Forderungsrechten, keine Gewere erlangen. Dagegen fragt es sich, ob die Gewere des Mannes durch den körperlichen Besitz bedingt ist und sich also nur auf die Bestandtheile des Vermögens der Frau beschränkt, woran ihr ein solcher zusteht, oder auch auf diejenigen sich erstreckt, woran sie eine nicht mit dem körperlichen Besitze verbundene Gewere hat. Solche Bestandtheile sind sowohl die den unbeweglichen Sachen gleich geachteten Gerechtsame, als auch das Eigenthum selbst, sobald es nicht mit dem Besitze einer Sache, aber doch mit einer Gewere verbunden ist, also nicht die mit dem Besitze der Sache verbundene Eigensgewere. Dahin gehört nicht blos der Fall, wo man heutzutage Jemanden ein dominium directum oder Grundherrlichkeit an einer Sache beilegt, sondern auch der, wo ein Anderer den Besitz der Sache hat, welchem der Eigenthümer diesen, wenigstens vorläufig nicht entziehen kann. Ein Beispiel des letzteren Falles ist es, wenn die Frau Vermögen von ihrem verstorbenen parens geerbt und mithin durch die Erbfolge eine Gewere daran erlangt hat, der Besitz desselben aber dem überlebenden parens vermöge des Beisitzes oder der sog. fortgesetzten Gütergemeinschaft zusteht. Jene Frage selbst ist aber dahin zu beantworten, daß die Gewere des Mannes an dem Gute der Frau durch dessen körperlichen Besitz bedingt ist, er sie also nur durch Ergreifung des Besitzes erhält, und daher seine Gewere auch nicht diejenigen Bestandtheile des Frauengutes umfassen kann, zu deren Besitzergreifung er wegen der Rechte Anderer daran nicht befugt ist. Dies geht besonders daraus hervor, daß das Erbrecht des Mannes an der fahrenden Habe der Frau, welches das sächsische Recht durch seine Gewere daran bedingt sein läßt, nur auf diejenigen Sachen geht, welche er wirklich in seinem Besitze gehabt hat[972]), und ihm daher an dem Vermögen, welches die Frau von ihrem verstorbenen parens geerbt hat, sobald bei ihrem Tode noch der überlebende parens das Recht des Beisitzes oder der fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft hat, kein Erbrecht zusteht[973]). Auch ist hieraus

971) Glosse zum sächs. Lehnr. 57. Stück von der Beweisung bei Homeyer, Sachsensp. II, 1, S. 365.

972) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 133, Nr. 1. Magdeburg. Schöffenurth. ebend. S. 144 a. E. und ein drittes dergleichen ebend. S. 152 flg.

973) In dieser Beziehung stimmt mit dem sächsischen Rechte das Lübische überein, hinsichtlich welches letzteren die Ausführung bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, §. 30, S. 149 flg. zu vergleichen ist. Wenn derselbe gleichwohl ebd. S. 68 behauptet, daß das Erbrecht des Mannes am Vermögen der Frau nach Lüb. Rechte nicht davon abhänge, ob die Ehegatten bereits zum Besitze und Genusse des der Frau mitgegebenen Gutes gelangt seien, und S. 70, daß das Erbrecht des Ehemannes im teutschen Rechte nicht als Ausfluß seiner vogteilichen Herrschaft, sondern der ehelichen Genossenschaft erscheine, so ist auf dasjenige Bezug zu nehmen, was Kraut Bd. 2, S. 366 flg., N. 4 dagegen ausgeführt hat.

wohl zu erklären, daß nach dem bei den Longobarden bestehenden Gebrauche bei dem Brautkaufe der bisherige Vormund der Braut nicht blos sie selbst, sondern auch ihr ganzes Vermögen in das mundium des Bräutigams zu übergeben geloben und dieses Versprechen durch Bürgenstellung bestärken mußte [974]). — Der Ausdruck des Sachsenspiegels, der Mann nehme in seine Gewere alles Gut seiner Frau, bedeutet ohne Zweifel nur soviel als: er sei berechtigt, es in seine Gewere zu nehmen. Darin liegt, daß sie ihm von den Sachen, welche sie bei Eingehung der Ehe besitzt, nichts einseitig vorenthalten darf. Auch ist er zur Vindication derjenigen ihr gehörigen Sachen, welche sie nicht besitzt, aber zu vindiciren berechtigt ist, befugt, aber, weil er hieran, ehe er Besitz davon ergriffen, noch keine Gewere hat und die Vindication nach teutschem Rechte immer von der Gewere abhängt, nicht in eigenem Namen, sondern als ehelicher Vormund der Frau. Die Worte des Sachsenspiegels: wenn ein Mann ein Weib nehme, so nehme er in seine Gewere all' ihr Gut zu rechter Vormundschaft, haben zwar zunächst auf das der Frau bei Eingehung der Ehe schon zustehende Vermögen Bezug; es wird aber nicht bezweifelt, daß dem Ehemanne dasselbe Recht in Ansehung des von der Frau während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung Erworbenen, also des Eingebrachten im weiteren Sinne und der ganzen ehelichen Errungenschaft zukomme. Aber auch hier ist von der Gewere an der Errungenschaft das Eigenthum an derselben zu unterscheiden. — Ueber den Anfangspunkt des Anspruches des Mannes auf die Gewere am Vermögen der Frau sprechen sich die Rechtsquellen nicht bestimmt aus. Berck [975]) läßt diesen Anspruch von Beschreitung des Ehebettes an beginnen. Dafür spricht auch anscheinend, daß das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten an ihrem Vermögen und auch die eigentliche Gütergemeinschaft, welche sich an dieses Erbrecht angeschlossen hat, häufig durch die Beschreitung des Ehebettes bedingt ist und der Ehemann nur an den in seiner Gewere befindlichen Sachen der Frau ein Erbrecht hat. Allein dieser Umstand kann darüber deshalb nichts entscheiden, weil auch das Erbrecht der Frau am Vermögen des Mannes durch die Beschreitung des Ehebettes bedingt ist und doch der Frau keine Gewere an dem Vermögen des Mannes zusteht. Ist nun aber kein Grund für einen besonderen Anfangspunkt des Anspruches des Mannes auf die Gewere am eheweiblichen Vermögen erweislich, so ist anzunehmen, daß er mit seiner Vormundschaft über die Frau beginne, weil er in dieser seinen Grund hat, also mit der Trauung, d. h. mit der Uebergabe der Braut an den Bräutigam, da nach dem früher Bemerkten (vgl. diese Abth. A. BB. 1.) die eheliche Vormundschaft von der Zeit an, wo diese erfolgt ist, anfängt. Auf diesen Anfangspunkt weist wohl auch

---

974) Form. ad Edict. Rothar. 196. (Walter, Corp. iur. Germ. I. 716.) Form. Longob. 20. (Walter l. c. III. 557.)

975) Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten S. 193.

der Sachsenspiegel hin, wenn er sagt: wenn ein Mann ein Weib nehme, so nehme er in seine Gewere all' ihr Gut zu rechter Vormundschaft, da das Nehmen eines Weibes von der Beschreitung des Ehebettes verschieden ist.

ff) Gewere der Frau an ihrem Sohne neben der des Mannes. Die Gewere des Mannes an dem Vermögen der Frau ist keine ausschließliche, vielmehr behält auch die Frau an demselben noch immer eine Gewere. Denn es heißt im Sachsenspiegel[976]) von dem Manne, er sitze mit seiner Frau in den Geweren, d. h. er habe den Mitbesitz an ihrem Gute. Hiernach steht ihr, ungeachtet der Gewere des Mannes an demselben, doch immer noch die mit dem Besitze verknüpfte Gewere daran zu. Es läßt sich aber mit Kraut noch weiter gehen und behaupten, daß sowie die Frau an denjenigen Bestandtheilen ihres Vermögens, welche entweder gar nicht Gegenstände eines körperlichen Besitzes und doch Gegenstände der Gewere sind, wie die den Immobilien gleichgeachteten Gerechtsame, oder an welchen gar kein körperlicher Besitz statthaft ist oder sie denselben wenigstens für den Augenblick nicht hat, allein die Gewere hat, auch an den in ihrem und ihres Mannes Besitze befindlichen Sachen, sobald an ihnen noch neben der durch den Besitz begründeten Gewere eine von diesem unabhängige Gewere stattfindet, ihr die letztere allein, ohne Theilnahme des Mannes daran, zukommt. Dies ist aber nicht bei beweglichen Sachen, an welchen der Besitzer keine von dem Besitze unabhängige Gewere haben kann, sondern nur bei Immobilien möglich, an welchen derjenige, welcher die Sache auf rechtmäßige Weise in eigenem Namen besitzt, immer neben der durch Besitz begründeten noch eine von diesem unabhängige Gewere entweder durch gerichtliche Auflassung oder Erbfolge hat, die ihm auch bei freiwilligem oder unfreiwilligem Verluste des Besitzes nur durch freiwillige Entäußerung dieser Gewere oder durch rechtskräftige Aberkennung verloren geht. Hierher gehört die in dem Eigenthum an einer unbeweglichen Sache liegende Eigensgewere, die dem Vasallen am Lehen zustehende Lehensgewere, die Leibzuchtsgewere des Usufructuars oder Leibzüchters am Gegenstande der Leibzucht u. s. w. Am leichtesten ist die Richtigkeit dieser Behauptung bei der Lehensgewere erweislich, was die dem Vasallen in Folge der Investitur am Lehen zustehende Gewere ist. Ohne Zweifel kann, wenn die Frau mit einem Lehen belehnt ist, der Ehemann diese Gewere nicht erhalten, da der Lehenherr wider seinen Willen hierdurch einen ganz anderen Vasallen bekommen würde, als dem er das Lehen hat leihen wollen. Es giebt auch noch einen ausdrücklichen Beleg dafür in einer Rechtsquelle[977]). In der in der Note angeführten Stelle wird angenommen, daß dem Ehemanne, auch wenn er mit dem Lehen seiner Frau nicht (als ihr Lehnträger) belehnt ist

976) Sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 2.
977) Sächs. Lehnr. 74, §. 1, 2.

(sunder leninge) und also nicht die Lehensgewere daran hat, doch eine Gewere daran zustehe und es wird dieser Fall dem gleichgestellt, wenn ein Vasall den Besitz seines Lehens ohne Wissen und Willen des Lehenherrn seinem Bruder übergeben hat, wodurch dieser auch eine Gewere daran erhält, aber natürlich nicht die Lehensgewere, welche ohne Einwilligung des Lehenherrn nicht veräußert werden kann. Ebenso kann die Leibzuchtsgewere ihrer Natur nach, da sie durch die Lebenszeit des Inhabers bedingt ist, auf einen Anderen nicht übertragen werden und daher auch auf den Ehemann nicht übergehen. Aber auch die Eigensgewere an den Grundstücken der Frau ging auf den Mann nicht über, schon wegen der Rechte der nächsten Erben an den Grundstücken; aber auch abgesehen von dem Rechte der nächsten Erben ergiebt sich dies daraus, daß die Veräußerung der Grundstücke der Frau nothwendig durch sie selbst geschehen muß. Anders stand natürlich die Sache, wenn dem Ehemanne die Eigensgewere an dem Vermögen seiner Frau ausdrücklich übertragen war. Beispiele solcher Uebertragungen finden sich schon ziemlich früh. Sie geschahen entweder so, daß der Ehemann das Eigenthum an dem ganzen von der Frau ihm zugebrachten Vermögen gegen eine bestimmte Summe, welche er dagegen gelobte, erhielt und es also in der That kaufte [978]), oder auch so, daß blos das Eigenthum an einzelnen Sachen der Frau auf ihn übertragen wurde, und zwar entweder unwiderruflich oder nur für die Dauer der Ehe [979]).

gg) Einhandsgüter der Frau (Receptitiengut). Der Verzicht des Ehemannes auf den Anspruch auf den Besitz von seiner Frau zugehörigen Gütern war gewiß auch schon nach dem älteren Rechte zulässig und es konnte daher von jeher sogen. Einhandsgüter, Spiele oder Trüffelpfennige, Sondergut, Spargut der Frau oder welche Benennungen sonst die der Herrschaft des Mannes

---

978) Ein Beispiel davon findet sich schon im sächs. Landr. B. 3, Art. 74, wo es heißt, wenn die Ehe geschieden werde, solle man der Frau „auch wider lazen und gebe, swaz sie zu irme manne brachte, oder also vil des mannes gutes, als ir gelobet wart, da sie zusamenn quamen". Andere Beispiele kommen vor in einer Lüb. Oberstadtbuchs-Inscription von 1360 bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 8 und in einer anderen von 1372 ebd. S. 28. Unverkennbar hat dies viele Aehnlichkeit mit der Ueberlassung einer venditionis gratia ästimirten dos an den Ehemann.

979) Letzteres ist von jeher in Lübeck in Bezug auf die Immobilien, welche die Frau dem Manne mitbringt oder welche ihm später ihretwegen jure dotis zukommen, der Fall gewesen, indem ihm diese vor dem Rathe aufgelassen und demnächst im Oberstadtbuche zugeschrieben werden; s. Pauli a. a. O. S. 9 flg. Auch in Hamburg werden noch jetzt die Grundstücke der Ehefrau gleich nach Eingehung der Ehe oder bei einem späteren Anfalle sofort dem Manne im Stadterbbuche zugeschrieben; s. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 474. Gegen die Annahme von Pauli a. a. O. §. 5, daß der Ehemann dessen ungeachtet in Lübeck nicht als Eigenthümer der Immobilien seiner Frau während der Ehe angesehen werden könne, vielmehr die Frau selbst Eigenthümerin derselben sei, siehe die Ausführung von Kraut §. 81, N. 3, Bd. 2, S. 374 flg.

entzogenen Güter derselben gehabt haben mögen, geben[980]). Solche Güter konnten dadurch entstehen, daß derjenige, welcher einer Ehefrau etwas schenkte oder eine Vergabung von Todeswegen zu ihren Gunsten machte, die ausdrückliche Bedingung hinzufügte, daß der Gegenstand der Schenkung oder Vergabung nicht in die Gewere des Mannes kommen solle[981]). Auch wurden wohl, da die Ehefrau nach teutschem Rechte für sich erwerben kann, die Sachen, welche die Frau wider des Mannes Willen erwarb, Einhandsgüter, sofern aus seinem Widerspruche ein Verzicht auf die ihm sonst an dem Erworbenen zustehenden Rechte gefolgert werden konnte[982]). Die erst in den Rechtsquellen des späteren Mittelalters vorkommende Erwähnung solcher Güter erklärt sich daraus, daß sie in der früheren Zeit selten vorkamen; keineswegs ist hieraus zu folgern, daß sie früher unzulässig waren. Ein wichtiger Unterschied zwischen dem älteren und neueren Rechte liegt aber darin, daß nach jenem es gewiß immer nothwendig war, daß solche Sachen gar nicht in die Behausung des Mannes kamen, sie sich also in dem Besitze eines Anderen, als der immer in jener wohnenden Frau befinden mußten[983]), während nach dem neueren Rechte sie sich in der Behausung des Mannes befinden und dennoch seiner Herrschaft entzogen sein können. Nach dem damaligen Rechtszustande hatte die Frau auch ohne Zweifel einen besonderen Vormund wegen dieser Güter, weil sie sonst des Schutzes gegen den Ehemann, wenn er doch die aus der Gewere entspringenden Rechte daran hätte ausüben wollen, entbehrt hätte.

bb) Einzelne dem Ehemanne zustehende Rechte. α) Recht auf die Verwaltung des Gesammtgutes. Das Recht des Ehemannes, das Vermögen seiner Frau zugleich mit dem seinigen zu verwalten, wird gewöhnlich als ein Ausfluß der ehelichen Vormundschaft betrachtet[984]), während Kraut wohl richtiger, da es im Falle der Verhinderung des Mannes an dessen Ausübung auf die Ehefrau übergeht, dasselbe auf die dem Ehemanne und in dessen Ermangelung der Ehefrau zustehende Herrschaft im Hause zurückführt.

β) Recht auf die eheliche Errungenschaft. Zu den Wirkungen entweder der ehelichen Vormundschaft überhaupt oder in-

---

980) Hinsichtlich des Ausdruckes: Spiel- oder Trüffelpfennige (denarii ludibiles s. truphatorii) s. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, §. 13; über den Ausdruck: Spargut s. Bluntschli, Zürich. Rechtsgeschichte Th. 2, S. 143.

981) Beispiele dazu seit dem Anfange des 14. Jahrhunderts s. bei Pauli a. a. O. S. 45—50.

982) Runde, ehel. Güterrecht S. 86. Kraut Bd. 2, S. 375.

983) Dies liegt nicht nur in dem Geiste des älteren Rechtes, sondern geht auch aus dem Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 133, Nr. 1 hervor, in welchem die Rechte des Mannes an der fahrenden Habe der Frau ganz von der Thatsache abhängig gemacht werden, ob sie in seinen Besitz gekommen sind oder nicht.

984) Eichhorn, teutsches Privatr. §. 296 u. A.

sonderheit der durch sie begründeten Gewere am Vermögen der Frau wird gewöhnlich auch die gerechnet, daß die ganze eheliche Errungenschaft alleiniges Eigenthum des Mannes werde und die Frau also höchstens erst nach dem Tode des Mannes Eigenthümerin entweder der ganzen Errungenschaft oder eines Theiles derselben werden könne[985]). Da zur ehelichen Errungenschaft nach dem früher Bemerkten auch die Früchte des eheweiblichen Vermögens gehören, so sind hierher auch die Schriftsteller zu rechnen, welche auf Grund der ehelichen Vormundschaft ein Nießbrauchsrecht des Ehemannes am Vermögen der Frau annehmen[986]). Denn eine von der Behandlung des Arbeitserwerbes der Frau verschiedene Behandlung der Früchte ihres Vermögens würde den Grundsätzen des teutschen Rechtes ganz widerstreiten. Dagegen hat Kraut[987]) die Ansicht aufgestellt und näher begründet, daß auch die Frau nach dem teutschen Rechte schon bei Lebzeiten des Mannes immer Eigenthümerin eines Theiles der Errungenschaft werde. Die Gründe dieser Ansicht, der wir beitreten müssen, sind folgende. Zuvörderst ist es bei der teutschen Ansicht von dem gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten, wornach, ungeachtet der Mann die Frau und ihr Vermögen vertritt, sie doch weder in persönlicher Beziehung, noch in Ansehung ihres Vermögens ganz unselbstständig wird, schon an und für sich unwahrscheinlich, daß sie während der Ehe nur für den Ehemann erworben und alle Früchte ihres Vermögens ihm ausschließlich gehört haben sollten. Es fehlt aber auch nicht an ausdrücklichen Belegen dafür, daß sie schon während der Ehe das Eigenthum an einem Theile der Errungenschaft bekam. Hierher gehören Stellen aus Rechtsquellen, welche der älteren Zeit angehören[988]). Nach den in der Note angeführten Stellen erhält die Frau von der Errungenschaft bei dem Tode des Mannes bei den Franken ein Drittheil[989]), bei den Westphalen die Hälfte. Es fragt sich nun aber, ob sich hieraus schließen lasse, daß sie zu diesem Theile auch schon während der Ehe das Eigenthum an der Errungenschaft habe, und diese Frage ist zu bejahen. Abgesehen davon, daß dies in einigen neueren Rechtsquellen ausdrücklich gesagt wird[990]), worauf indessen nicht viel Gewicht

---

985) Hasse, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. IV, S. 80, Nr. 6. Eichhorn, teutsches Privatr. §. 296, 297 und Rechtsgesch. Bd. 1, §. 62b. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 453 flg. Runde, ehel. Güterr. §. 6.

986) Z. B. Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten §. 7. Mittermaier, teutsches Privatr. §. 381 u. A.

987) Kraut Bd. 2, S. 378 flg.

988) L. Ripuar. 87. 2. Capit. L. 4. c. 9. (L. 5. c. 295.) L. Saxon. 9. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 378, 379.

989) Daß auch bei den Salfranken, obgleich die Lex Salica darüber nichts enthält, derselbe Grundsatz galt, wie bei den Ripuariern, weist nach Kraut a. a. O. S. 379, N. 3.

990) Z. B. würtemberg. Landr. Th. 3, Tit. 7. Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 88, §. 10. Tit. 96, §. 4. Rhein. u. Wildgr. LO. v. 1754 Th. 8, §. 6. (v. d. Nahmer, Handb. des rhein. Particularrechtes Bd. 2, S. 864.) Frankf. Reform. V, 5, §. 5, 6.

zu legen ist, theils weil dies ein rein particularrechtlicher Grundsatz sein könnte, theils weil die Zulässigkeit eines Schlusses vom neueren Rechte auf das ältere zweifelhaft ist, ist es, da die Errungenschaft auch aus der Arbeit der Frau und den Früchten ihres Vermögens besteht, so natürlich, den ihr bei dem Tode des Mannes davon zufallenden Antheil aus einem ihr schon während der Ehe daran zustehenden Eigenthum abzuleiten, daß das Gegentheil erwiesen werden muß. Für diesen Gegenbeweis hat man nun zwar angeführt[991]), daß sich von dem gemeinschaftlichen Erwerben kein Schluß auf gemeinschaftliches Eigenthum machen lasse, wie daraus sich ergebe, daß bei den Ostphalen und Engern die Frau an dem gemeinschaftlichen Erwerbe keinen Theil habe. Allein theils ist es noch immer leichter erklärlich, wie angenommen werden kann, daß die Frau überhaupt nur für den Mann erwirbt, als wie da, wo sie bei dessen Tode einen Antheil an der Errungenschaft erhält, dies einen anderen Grund habe, als daß sie von Anfang an Eigenthümerin zu diesem Theile gewesen sei; theils ist es aber, wie später vorkommen wird, unbegründet, daß die Frau bei den Ostphalen und Engern an dem gemeinschaftlichen Erwerbe keinen Theil gehabt habe. Dann hat man sich darauf berufen, daß jener Antheil nur der Frau selbst, nicht aber ihren Erben, wenn sie vor dem Manne sterbe, zugewiesen werde, indem es in der angeführten Stelle des Ripuarischen Gesetzes ausdrücklich heiße, die Frau solle den dritten Theil von der gemeinsamen Errungenschaft erhalten, si virum supervixerit, und eben so klar in den Capitularien gesagt sei: ut uxores defunctorum post obitum maritorum tertiam partem conlaborationis accipiant, und doch, wenn die Frau schon während der Ehe Eigenthum an der Errungenschaft gehabt hätte, sie dies ohne Zweifel, auch wenn sie vor dem Manne gestorben wäre, auf ihre Erben vererbt haben würde. Sollte aber dieser Umstand etwas beweisen, so müßte es sonst im teutschen Rechte gar nicht vorkommen, wie es doch allerdings vorkommt, daß der Mann Sachen, welche während der Ehe Eigenthum der Frau sind und von ihr daher als überlebendem Theile an sich genommen werden, in dem Falle, wenn sie vor ihm stirbt, behielte. Zudem würde dies eine sehr unnatürliche Art sein, der Frau eine Witwenversorgung zu verschaffen, da es gewiß von jeher sehr viele Ehen gab, in welchem bei dem Tode des Mannes gar keine Errungenschaft existirte und daher so schlecht für die Witwe gesorgt sein würde. Endlich ist auch die Behauptung unrichtig, daß die Erben der Frau auf den ihr an der gemeinsamen Errungenschaft bei dem Tode des Mannes zukommenden Antheil für den Fall, daß der Ehemann sie überlebte, keinen Anspruch hätten. Erstens wird nämlich in allen späteren Rechtsquellen, welche der Frau einen Antheil an der Errungenschaft einräumen, derselbe, wenn sie vor dem Manne stirbt, ihren Erben über-

---

991) Heise u. Cropp a. a. O. S. 445, N. 29.

wiesen[992]). Da gerade in Bezug auf die Errungenschaft die ältesten und neueren teutschen Rechtsquellen auf merkwürdige Weise übereinstimmen, so wäre es wirklich gewagt, wenn man ohne deutliche Beweise in den ersteren in Ansehung dieses Punktes eine Abweichung von den letzteren finden wollte. Solche Beweise fehlen aber gänzlich; denn die angeführten Worte des Ripuarischen Gesetzes und der Capitularien enthalten in der That nichts weiter, als daß die Frau als überlebender Theil jenen dritten Theil aus dem bis dahin ungezweiten Gute verlangen könne; sie enthalten aber nicht die mindeste Andeutung, daß damit zugleich die Bedingung bezeichnet werden solle, unter welcher dieser dritte Theil der Errungenschaft überhaupt nur zur Auszahlung komme. Auch liefern mehrere Formeln ausdrückliche Belege dafür, daß bei den Franken die Frau schon während der Ehe als Eigenthümerin jenes Antheils an der Errungenschaft galt[993]). Endlich hat man sich noch darauf berufen, daß in den späteren Zeiten in den westphälischen und den mit ihrem Rechte bewidmeten Städten, namentlich in Lübeck, das Recht der Witwe auf einen Antheil an der Errungenschaft zu einem Anspruche auf eine Quote sämmtlicher Güter des verstorbenen Ehemannes erweitert worden sei und dabei doch nicht an ein während der Ehe bestehendes Miteigenthum der Frau sich denken lasse. Vielmehr gehe hieraus hervor, daß das teutsche Recht von jeher darnach gestrebt habe, der Witwe überhaupt die Hälfte der Güter ihres verstorbenen Mannes zuzuwenden und die ursprüngliche Beschränkung auf die Hälfte der Errungenschaft sei lediglich daraus zu erklären, daß sie damals von den angestammten Gütern des Mannes noch durch das stärkere Recht von dessen Familie ausgeschlossen gewesen sei. Allein wenn dies richtig wäre, so hätte die Frau ja denselben Antheil, welchen sie von der Errungenschaft bei dem Tode des Mannes erhielt, auch von dessen beweglichen Sachen, da die Erben des Mannes auf diese kein Recht hatten, von jeher erhalten müssen, was doch nicht der Fall ist. — Die oben erwähnten, von der Vertheilung der Errungenschaft handelnden Stellen gehören allerdings nur dem Rechte zweier teutscher Stämme an, dem der Franken und dem der Westphalen. Außerdem kommt nur noch im westgothischen Volksgesetze eine hierauf bezügliche, später zu erwähnende Stelle vor. Sowenig auch sonst bei der Unvollständigkeit der Volksrechte aus dem bloßen Stillschweigen derselben ein Schluß auf das Nicht-

---

992) Z. B. pfälz. Landr. Th. 4, Tit. 13 pr. Landauer uralte Gewohnheiten in Erbfällen zwischen Eheleuten §. 22. (v. d. Nahmer a. a. O. Bd. 2, S. 880.) Fürstl. Leining. Ordnung über Succession der Eheleute v. 1779 §. 1. (v. d. Nahmer S. 829.) Gräfl. Leining.-Grünstädt. Succ. Verordn. v. 1724 Tit. 4, §. 2 (ebd. S. 839). Untergerichtsordn. des Herzogth. Zweibrücken Art. 103. Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 96, §. 4.

993) Marculf. form. Lib. 2. cap. 7. et 17. Form. Lindenbrog. 50. Append. formular. Marculf. 40. Ueber die Erklärung siehe Kraut Bd. 2, S. 382 flg. Note 7.

dasein eines Rechtssatzes zulässig ist, so ist doch dieses Stillschweigen hier umsoweniger zufällig, als es in der in der Note 898 angeführten Stelle der Lex Saxonum ausdrücklich heißt, daß bei den Ostphalen und Engern die Frau bei dem Tode des Mannes nichts von dem gemeinschaftlichen Arbeitserwerbe erhalte, sondern sich mit ihrer Leibzucht (dos) begnügen müsse. Unter diesen Umständen könnte die Ansicht Platz greifen, daß zwar bei einigen teutschen Volksstämmen die Frau Eigenthümerin eines Theiles der Errungenschaft werde, daß dies aber nicht auf einer allgemeinen teutschen Rechtsidee beruhe, da bei anderen teutschen Stämmen die Errungenschaft allein dem Ehemanne gehöre. Diese Ansicht wird noch besonders dadurch unterstützt, daß sich nicht nur auch in der späteren Zeit der Grundsatz, daß die Frau eine bestimmte Quote der gemeinschaftlichen Errungenschaft erhalte, nur in den Rechtsquellen eines Theiles von Teutschland, wozu vorzugsweise die Gegenden des fränkischen Rechtes gehören, ausgesprochen findet[994]), sondern daß auch scheinbar bewiesen werden kann, daß nicht blos nach dem Rechte des Sachsenspiegels, welches bekanntlich vorzugsweise ostphälisches Recht ist, sondern auch nach dem Rechte des Schwabenspiegels der Mann das Eigenthum der ganzen Errungenschaft habe. Als Beleg dafür in Bezug auf das Recht des Sachsenspiegels läßt sich zuvörderst eine Stelle des Magdeburger Rechtes, welcher das Recht des Sachsenspiegels zu Grunde liegt, anführen[995]). Der darin gesetzte Fall ist folgender: ein Witwer, welcher aus früherer Ehe einen Sohn hat, heurathet eine Witwe, welche ebenfalls schon Kinder hat, und stirbt dann nach derselben. In die Ehe ist von beiden Seiten nichts gebracht worden, sondern sein Nachlaß besteht nur aus solchem Gute, welches beide Ehegatten erst durch ihre Arbeit erworben haben. Die Frage ist, ob die Kinder seiner Frau aus der früheren Ehe nicht auch einen Anspruch hierauf haben, weil der Arbeitserwerb ihrer Mutter mit darunter stecke. Diese Frage wird nun hier verneint und ausdrücklich der Sohn des Mannes aus seiner früheren Ehe für den näheren Erben erklärt, offenbar aus dem Grunde, weil aller Erwerb seiner Stiefmutter alleiniges Eigenthum seines Vaters geworden war. Ferner spricht dafür auch das, was der Sachsenspiegel selbst[996]) über das Eigenthum an den Früchten des Vermögens der Frau enthält, da diese Früchte nach dem früher Bemerkten einen Bestandtheil der ehelichen Errungenschaft bilden. Die in der Note angeführte Stelle handelt nämlich zwar zunächst nur von der Art und Weise der Vertheilung der Früchte des letzten Wirthschaftsjahres bei dem Tode der Frau zwischen dem Ehemanne und den Personen, welchen ihre

---

994) Z. B. Mainz. Landr. III, §. 1. Fränk. Landgerichtsordn. Tit. 88, §. 10. Pfälz. Landr. Th. 4, Tit. 13. Solms. Landr. Th. 2, Tit. 28, §. 3. Würtemb. Landr. Th. 4, Tit. 5 vgl. mit Th. 3, Tit. 7.

995) Magdeb. Recht v. 1304 Art. 77 (bei Gaupp, das alte Magdeb. und Hall. Recht S. 296). Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 385 flg.

996) Sächs. Landr. B. 3, Art. 76, §. 3.

Grundstücke dann zufallen; es wird aber dabei als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die während der Ehe bereits gezogenen Früchte dem Manne gehören. Der Schwabenspiegel hat denselben Grundsatz wie der Sachsenspiegel hinsichtlich des Anspruches des Mannes auf die eheliche Errungenschaft; denn die Stelle des Sachsenspiegels ist mit einigen hier nicht weiter in Betracht kommenden Abweichungen in den Schwabenspiegel aufgenommen[997]). Allein der aus dem Bisherigen hervorgehende Anschein für die Richtigkeit der Ansicht, daß der Ehemann wenigstens nach dem Rechte des Sachsenspiegels und Schwabenspiegels, und dann vielleicht auch nach allen übrigen teutschen Rechten mit Ausnahme des fränkischen und westphälischen, Eigenthümer der ganzen ehelichen Errungenschaft werde, verschwindet sofort durch die Erwägung, daß die Ehefrau nach dem Sachsenspiegel auch während der Ehe Eigenthümerin ihrer Gerade ist und daß alle während der Ehe dem Gesammtgute zuwachsenden Sachen, welche den Charakter der Gerade haben, ohne weiteres zu der Gerade gehören und daß auch der Schwabenspiegel das Institut der Gerade, zwar nicht dem Namen, aber doch der Sache nach kennt[998]). Die Frau erhält also auch nach den erwähnten Rechtsbüchern das Eigenthum an einem Theile der Errungenschaft[999]). Dagegen ist zwar eingewendet worden[1000]), daß die Gerade nicht als Abfindung von der Errungenschaft gelten könne, weil ihr das Heergewette der Erben des Mannes entspreche und weil eine Gerade immer genommen werde, auch wenn während der Ehe gar nichts erworben sei. Dieser Einwand wird aber dadurch beseitigt, daß nach dem früher Bemerkten die Gerade ihrem ursprünglichen Bestandtheile nach nicht in dem Antheile der Ehefrau an der ehelichen Errungenschaft, sondern in der von der Frau in die Ehe gebrachten Aussteuer besteht, und sie, soweit sie bei dem Tode des Mannes noch vorhanden ist, ihr oder ihren Nifteln auch dann zurückgegeben werden muß, wenn nichts in der Ehe erworben worden ist. In dem Falle, wo gar keine eheliche Errungenschaft da ist, kann natürlich auch der Antheil der Frau daran nicht in der Gerade enthalten sein. Die hier angenommene, von Kraut aufgestellte Ansicht erhält vielmehr ihre vollständige Rechtfertigung schon dadurch, daß, wenn während der Ehe Sachen, welche den Charakter der Gerade an sich tragen, und daher zu derselben gehören, erworben sind, diese der Frau oder, im Falle ihres Ablebens vor dem Manne, ihren Nifteln gehören. Auf der anderen Seite freilich erhalten der Mann oder dessen Schwerdtmagen ebenso dasjenige, was an den zum Heergewette gehörigen

997) Schwabensp. (Wackernagel) Cap. 129. (v. d. Lahr nach Cap. 342.)

998) Schwabensp. (W.) Cap. 26, S. 28, Z. 10 flg. (270, 6—13).

999) Diese Ansicht Kraut's theilt auch Sydow, Darst. des Erbrechtes nach dem Sachsenspiegel S. 257 vgl. mit S. 266, 284.

1000) Von Cropp in dessen und Heise, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 446, N. 30.

Sachen während der Ehe erworben ist, und so könnte man den Nießbrauch des Mannes an dem eheweiblichen Vermögen doch immer für ein eigenthümliches Recht desselben halten wollen. Allein einerseits unterscheidet sich das Heergewette von der Gerade wesentlich darin, daß es nicht, wie diese, ganze Klassen von Sachen begreift, sondern immer nur in einzelnen bestimmten Gegenständen besteht[1001]), welche der Ehemann regelmäßig schon in die Ehe gebracht hat, so daß niemals von einer eigentlichen Vermehrung des Heergewettes aus der ehelichen Errungenschaft, sondern nur von einer Erhaltung der dazu gehörigen Gegenstände und Ersatz der abgegangenen aus der letzteren die Rede sein kann. Andererseits würde doch aber auch, selbst wenn das Heergewette aus der ehelichen Errungenschaft einen Zuwachs erhalten könnte, daraus nur folgen, daß der Antheil des Ehemannes an der ehelichen Errungenschaft größer wäre als der der Frau, nicht aber, daß die Frau überhaupt nichts von der ehelichen Errungenschaft bekäme. Endlich wird die hier angenommene Ansicht Kraut's auch noch dadurch bestätigt, daß überall, wo die eheliche Errungenschaft als ein besonderer Theil des ungezweiten Gutes ausgeschieden wird, sich keine Gerade findet und umgekehrt. Der Unterschied zwischen den verschiedenen teutschen Rechten besteht mithin nicht darin, daß nach einigen die Frau Eigenthümerin eines Theiles der Errungenschaft wird, nach anderen hingegen die ganze Errungenschaft allein dem Manne gehört, sondern nur darin, daß die Errungenschaft nach den verschiedenen Rechten unter den Ehegatten auf verschiedene Weise vertheilt wird. Dabei ist aber der wichtige Unterschied bemerkenswerth, daß nach Einigen die Errungenschaft eine Gesammtmasse bildet, an welcher die Ehegatten während der Ehe nur ideale Antheile haben, während nach Anderen schon während der Ehe sich unterscheiden läßt, welche einzelne Stücke der Errungenschaft dem Ehemanne und welche der Ehefrau gehören, also nach ihnen auch schon in der Ehe die Errungenschaft reell getheilt ist. Möge nun aber die eheliche Errungenschaft unter die Ehegatten vertheilt werden, wie sie will, so hat doch keiner von ihnen Anspruch auf die Früchte von den Einhandsgütern des anderen, da diese überhaupt nicht zur Errungenschaft gehören, sondern alleiniges Eigenthum des Ehegatten werden, welchem die Einhandsgüter zustehen. — Ergiebt sich nun aus dem Obigen hinreichend, daß zu den Wirkungen der ehelichen Vormundschaft nicht gerechnet werden kann, daß der Mann alleiniger Eigenthümer der Errungenschaft oder doch wenigstens aller Früchte aus dem eheweiblichen Vermögen werde, so hat er doch nach den meisten Rechten Anspruch auf einen größeren Theil der Errungenschaft als die Frau, und es fragt sich daher noch, ob nicht wenigstens dieser größere Anspruch als ein Ausfluß

1001) Vgl. sächs. Landr. B. 1, Art. 22, §. 4, wo angegeben ist, welche Gegenstände das Heergewette ausmachen, mit. B. 1, Art. 24, §. 3, worin die zur Gerade gehörigen Gegenstände aufgezählt sind.

seiner Vormundschaft anzusehen sei. Allein auch dies ist zu verneinen. Denn erstens hat er diesen Mehranspruch doch nur da, wo die Theile der Ehegatten an der Errungenschaft nicht gleich sind, und es würde sich kaum erklären lassen, wie in einem so wesentlichen Punkte die teutschen Rechte ganz verschiedene Grundsätze befolgt haben sollten, und sodann erklärt sich die ungleiche Vertheilung der Errungenschaft unter die Ehegatten in diesen Rechten weit einfacher daraus, daß man den Arbeitserwerb des Mannes im Verhältniß zu dem der Frau bei einem teutschen Stamme höher schätzte, als bei dem anderen, und daß bei dem einen Stamme der Mann mehr Vermögen in die Ehe zu bringen pflegte als die Frau, bei dem anderen dagegen beide gewöhnlich ziemlich gleich viel einbrachten und man daher natürlich bei jenem dem Manne mehr von den Früchten des Gesammtgutes zugestand als der Frau, bei diesem hingegen die Früchte gleich unter die Ehegatten vertheilte.

γ) Beschränkung des Veräußerungsrechtes der Frau. Eine wahre Wirkung der ehelichen Vormundschaft als solcher ist, daß die Frau von ihrem Vermögen nichts ohne Einwilligung des Mannes veräußern darf, seien es bewegliche oder unbewegliche Sachen, bestehe die Veräußerung in Uebertragung des Eigenthums oder eines anderen dinglichen Rechtes, geschehe sie gegen eine Entgeltung oder schenkungsweise [1002]). Als Grund dieser Beschränkung der Frau giebt der Sachsenspiegel ausdrücklich die Gewere des Mannes an deren Vermögen an [1003]). Da der Schwabenspiegel keine Gewere des Mannes an dem Frauengute kennt, so muß der Grund dieser Beschränkung nach diesem Rechtsbuche in der ehelichen Vormundschaft liegen und er wird auch ausdrücklich darin gesetzt [1004]). Es entsteht aber die Frage, ob auch darin eine Verschiedenheit des in beiden Rechtsbüchern enthaltenen Rechtes bestehe, daß nach dem Sachsenspiegel die Gewere des Mannes der einzige Grund der Unzulässigkeit der Veräußerung von Frauengut durch die Ehefrau war oder ob daneben auch noch, wie im Schwabenspiegel, die eheliche Vormundschaft schon an und für sich jene Unzulässigkeit der Veräußerung von Frauengut bewirkte. Es wird dies besonders dann wichtig, wenn es sich fragt, ob die Frau Vermögensrechte aufgeben könne, die entweder schon nach ihrer Natur nicht Gegenstände der Gewere sind, wie Forderungen, oder doch nicht Gegenstände eines körperlichen Besitzes sein können, wie die den Immobilien gleich geachteten Gerechtsame, oder an welchen zwar ein körperlicher Besitz statthaft ist, aber wenigstens zur Zeit der Frau nicht zusteht, und also, da die Gewere des Mannes immer nur Folge des Besitzes ist, sie sich auf diesen Gegenstand noch nicht erstreckt. Denn setzt man den Grund, warum die Frau nichts

---

1002) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 1. Magdeburg. Schöffenurth. bei Böhme 6, 97. (Alt. Culm. Recht 4, 9.) Freiberg. Stadtrecht bei Schott 3, 157, §. XVIII.

1003) Sächs. Landr. B. 1, Art. 45, §. 2.

1004) Schwabensp. (W.) Cap. 59, Z. 1—3 (313, 1).

veräußern darf, lediglich in die Gewere des Mannes, so ist die Frage natürlich zu verneinen; liegt er aber in der ehelichen Vormundschaft überhaupt, so ist sie zu bejahen. Für die Beantwortung dieser Frage ist eine Stelle des Rechtsbuches nach Distinctionen wichtig, indem sich auch in ihm keine Spur von einer Gewere des Mannes am Frauengute findet[1005]). In der in der Note angeführten Stelle wird offenbar auf einen Unterschied zwischen Landrecht und Weichbild hingewiesen. Vergleicht man diese Stelle mit zwei Stellen des Sachsenspiegels[1006]), so kann der Unterschied nur darin liegen, daß nach dem Weichbilde die Frau auch keine Anwartung, die ihr anersterben mag, ohne Zustimmung ihres Mannes aufgeben (lassen) darf; denn alles Andere enthalten schon die Ausdrücke des Sachsenspiegels. Fragt man, was unter einer Anwartung, welche der Frau anersterben mag, zu verstehen sei, so ist die Antwort folgende. Der Ausdruck: Anwartung oder Wartung hat in den teutschen Rechtsquellen eine weitere und eine engere Bedeutung. In der weiteren bezeichnet er jedes Recht an einer Sache, welches erst nach dem Tode des jetzigen Besitzers derselben realisirbar ist, gleichviel ob es dann erst entsteht und bis dahin in der That nur eine Hoffnung ist, wie das gewöhnliche Erbrecht, oder ob bei demselben der Tod des Besitzers eine eigentliche Suspensivbedingung ist, sei es nun für den Eintritt des Rechtes selbst, wie bei dem durch Eventualbelehnung begründeten Rechten, oder blos für dessen Ausübung, wie in dem Falle, wenn der Anwärter schon jetzt eine Gewere an der Sache hat, den Besitz und Fruchtgenuß derselben aber erst nach dem Tode eines Anderen erhält[1007]). In der engeren Bedeutung hingegen wird darunter nur ein Recht der letzteren Art verstanden[1008]). Man nehme nun den Ausdruck in obiger Stelle des Rechtsbuches nach Distinctionen im engeren oder im weiteren Sinne, so ergiebt sich daraus, verglichen mit der gedachten

---

1005) Rechtsb. nach Distinct. I, 20, 16. S. auch Goslar. Stat. S. 11, Z. 26, 27.

1006) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 1. Art. 45, §. 2.

1007) In diesem weiteren Sinne kommt jener Ausdruck vor im Rechtsb. nach Distinct. I, 39, 2, vgl. mit sächs. Landr. Bd. 3, Art. 84, §. 1 und ebd. I, 39, 4, vgl. mit sächs. Landr. B. 3, Art. 84, §. 3.

1008) In diesem Sinne findet sich der Ausdruck: Anwartung namentlich im Richtst. Lehnr. 30, §. 4. Besonders häufig kommt der Ausdruck: Anwartschaft im engeren Sinne in den Lüb. Stadtbuchs-Inscriptionen vor, in welchen ihm die Ausdrücke: Respectus hereditarius und Anfall oder devolutio gleich gesetzt werden. Es wird in ihnen damit das Recht bezeichnet, welches der Ehemann durch eine zu dem Behufe, ihm eine Mitgift zu verschaffen, an ihn gemachte Vergabung von Todeswegen einer unbeweglichen Sache an dieser erhält, sobald der Vergabende sich daran lebenslänglich ein Leibgedinge, d. h. das Nutzungsrecht vorbehalten hat. Vgl. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, §. 9 u. S. 69 u. Th. 3, S. 187. Auch in den Goslar. Stat. S. 15, Z. 32 flg. (Rechtsb. nach Distinct. I, 30, 1) kommt der Ausdruck: Anwartung, dem letzteres Rechtsbuch auch hier das Wort: Anfall gleichstellt, im engeren Sinne vor. Vgl. Kraut §. 85, N. 6, Bd. 2, S. 395 flg.

Stelle des Sachsenspiegels immer, daß der darin hervorgehobene Unterschied zwischen dem Landrechte, d. h. hier dem im Sachsenspiegel enthaltenen und auf dem platten Lande geltenden Rechte, und dem Weichbilde, d. h. dem in den Städten sächsischen Rechtes geltenden Rechte, nur darin bestehen kann, daß, während nach jenem die Ehefrau nur solche ihrer Sachen, an welchen der Mann die Gewere hat, also welche in seinen Besitz gekommen sind, ohne seine Zustimmung nicht veräußern darf, nach dem letzteren die Veräußerung auch dann unzulässig ist, wenn dieses Erforderniß nicht vorhanden ist. Daher ist gewiß auch nicht ohne Grund in dem ersten Satze der Stelle des Rechtsbuches nach Distinctionen bei Angabe des Grundsatzes des Landrechtes der Ausdruck: „vorgeben", in dem zweiten dagegen bei Angabe des Grundsatzes des Weichbildes der Ausdruck: „lassen" gebraucht, indem ersterer nur von der Veräußerung solcher Sachen, welche man im Besitze hat, letzterer aber auch von dem bloßen Ablassen von Ansprüchen gegen eine Person oder Sache gebraucht wird[1009]). Man muß daher hiernach annehmen, daß, wenn es im sächs. Landrechte B. 1, Art. 45, §. 2 heißt, die Frau dürfe nichts von ihrem Gute ohne Erlaubniß des Ehemannes veräußern, weil er mit ihr in den Gewеren sitze, dies nach dem Sachsenspiegel wirklich der einzige Grund ist, also nicht die eheliche Vormundschaft schon an und für sich, wie nach dem Schwabenspiegel und dem Rechte der Städte sächsischen Rechtes. Um zu bestimmen, wie weit nach dem letzteren die Frau durch die eheliche Vormundschaft in der Verfügung über ihr Vermögen ohne Einwilligung des Mannes gehindert ist, fragt es sich, ob, wenn es im Rechtsbuche nach Distinctionen (I, 20, 16) heißt, daß die Frau ihre Anwartung, die ihr anersterben mag, ohne ihres Mannes Willen nicht lassen dürfe, dies von der Anwartung im weiteren oder nur von der im engeren Sinne zu verstehen sei. Kraut nimmt mit Recht aus folgenden Gründen das Erstere an. Es ist nämlich schon an sich schwer zu begreifen, warum, da die Frau bei dem Aufgeben der Anwartung im engeren Sinne auch immer auf zukünftige Rechte verzichtet, welche als die eigentlich Nutzbringenden dem Manne offenbar die wichtigsten sind, nicht dasselbe gelten sollte, wenn sie in jeder Beziehung zukünftige Rechte aufgeben will. Dazu kommt noch, daß, obschon die Goslar. Statuten den Ausdruck: Anwartung auch im engeren Sinne nehmen, doch im Rechtsbuche nach Distinctionen in allen Stellen, wo mit Gewißheit von einer solchen die Rede ist, immer das Wort: Anfall steht, in der hier fraglichen Stelle aber gerade der Ausdruck: Anwartung beibehalten ist. In demselben Umfange dürfte mit Kraut auch nach dem Sachsenspiegel die Frau an die Zustimmung des Mannes bei Verfügungen über ihr Vermögen für gebunden zu achten sein. Denn, paßt auch der zweite Punkt nicht auf dieses Rechtsbuch, so tritt doch der

---

1009) S. Homeyer, Register zu des Sachsensp. erstem Theile S. 348 u. d. W. Laten Nr. 4.

erste Grund auch hier ein. — Was die Wirkungen der Veräußerung einer ihrer Sachen durch die Frau ohne Zustimmung des Mannes betrifft, so braucht nach sämmtlichen Rechtsquellen der Mann eine solche Veräußerung nicht anzuerkennen und kann die Rückgabe der aus seinem Besitze gekommenen Sache verlangen [1010]). Weil aber die Entziehung desjenigen, was derjenige, an welchen veräußert worden ist, dafür gegeben hat, Unrecht wäre, so muß ihm dieses zurückgegeben werden [1011]). — Was die Form betrifft, in welcher der Mann sein Rückforderungsrecht geltend zu machen hat, so entspringt dasselbe nach den Rechten, welche ihm eine Gewere am eheweiblichen Vermögen beilegen, ohne Zweifel aus dieser. Wo er aber keine Gewere an dem eheweiblichen Vermögen hat, ist anzunehmen, daß hier eine dingliche Klage erfordert wird und diese eine Gewere voraussetzt, daß er nur als ehelicher Vormund das Rückforderungsrecht geltend machen könne. Die Verbindlichkeit zur Wiedererstattung des für das Veräußerte Empfangene ist ohne Zweifel zunächst eine Schuld der Frau, wie auch die in der Note 1011 angeführten Stellen des Rechtsbuches nach Distinctionen und der Goslar. Statuten ausdrücklich sagen. Ob und inwieweit der Ehemann deshalb in Anspruch genommen werden könne, ist nach den später anzugebenden allgemeinen Grundsätzen über dessen Haftpflicht für die Schulden der

---

1010) Vgl. z. B. Freiburg. Verfassungsurkunde v. 1293 bei Schreiber S. 129, womit der Entwurf des Freiburg. Stadtrechtes v. 1275 übereinstimmt. Ebd. S. 79 a. E.

1011) Rechtsb. nach Distinct. I, 47, 8. Der Gegensatz, welcher in dieser Stelle zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen gemacht wird, liegt bei dem ersten Blicke anscheinend darin, daß bei den unbeweglichen Sachen derjenige, an welchen die Frau veräußert hat, das von ihm Gegebene zurückfordern kann, bei den beweglichen Sachen hingegen nicht. Allein der Gegensatz liegt vielmehr nur darin, daß bewegliche Sachen zurückgegeben werden müssen, während bei unbeweglichen, da die Frau hier den Mann gar nicht in der Weise aus dem Besitze setzen kann, wie bei beweglichen, ein eigentliches Zurückgeben gar nicht nöthig ist, daß derjenige, an welchen veräußert worden ist, den Schaden dulden müsse, wie es in der angeführten Stelle des gedachten Rechtsbuches heißt, kann nicht davon verstanden werden, daß er das Gegebene nicht zurückfordern dürfe, sondern nur davon, daß er die durch die Veräußerung gewonnenen Vortheile entbehren müsse. Man muß diesen Satz also entweder auf die veräußerten unbeweglichen und beweglichen Sachen zugleich beziehen, oder derselbe geht, wenn man ihn blos auf die letzteren beziehen will, vorzüglich auf den dem Empfänger durch die Zurückgabe derselben entstehenden Schaden. Diese Erklärung der Stelle ist schon deshalb für die richtige zu halten, weil wirklich kein Grund ersichtlich ist, weshalb es hinsichtlich der Zurückerstattung des der Frau für die Veräußerung Gegebenen bei Mobilien anders gehalten werden sollte als bei Immobilien. Die Richtigkeit dieser Erklärung wird aber dadurch über allen Zweifel erhoben, daß die Goslar. Stat. S. 29, Z. 27—34, welche Stelle jener des Rechtsbuches nach Distinctionen offenbar zu Grunde liegt, vollkommen mit ihr übereinstimmt und eine Abweichung des Rechtsbuches nach Distinctionen von den Goslar. Statuten hier umsoweniger sich annehmen läßt, als der Verfasser jenes Rechtsbuches ausdrücklich sagt, der von ihm aufgestellte Satz sei gemeines Landrecht und Weichbild, während er sonst, wenn er von dem letzteren abweicht, dies regelmäßig bemerklich macht.

Frau zu beurtheilen. Eine andere Frage ist es, ob eine solche von der Frau ohne Zustimmung des Mannes vorgenommene Veräußerung, um die gewöhnlichen Begriffe von absoluter und relativer Nichtigkeit hier zu Grunde zu legen, absolut oder relativ, d. h. blos deshalb nichtig ist, weil die Rechte des Mannes dadurch verletzt werden. Wäre das Erstere der Fall, so müßte auch die Frau zur Anfechtung der Veräußerung berechtigt sein, was sich besonders nach dem Tode des Mannes als erfolgreich zeigen würde. Hingegen bei einer blos relativen Nichtigkeit einer solchen Veräußerung würde, wenn der Mann dieselbe nicht widerriefe, die Frau sie nicht weiter anfechten dürfen; die Veräußerung würde folglich in diesem Falle bei seinem Tode giltig werden, weil es dann gewiß ist, daß er den Widerruf nicht mehr ausüben wird; aber auch bei dem Tode der Frau, weil dann wegen des Aufhörens seiner Herrschaft über dieselbe der Grund seines Widerrufes ganz weggefallen ist. Zuvörderst ist es unzweifelhaft, daß durch eine von der Frau ohne Zustimmung des Mannes vorgenommene Veräußerung wirklich ein Recht desselben verletzt wird. Dieses Recht ist zunächst die Gewere, wo ihm eine solche an dem eheweiblichen Vermögen zusteht; aber auch da, wo er eine solche nicht hat, stehen ihm doch immer mehrere Befugnisse an demselben, namentlich ein Nutzungsrecht zu, welche dadurch verletzt werden. Daraus folgt jedoch nothwendig nur, daß er für seine Person ein selbstständiges Rückforderungsrecht hat, nicht aber, daß die Veräußerung nicht absolut nichtig sei und daher nicht auch der Frau ein gleiches Recht zustehe. Eine solche absolute Nichtigkeit der ohne Einwilligung des Ehemannes unternommenen Veräußerung ließe sich nur aus der persönlichen Unselbstständigkeit der Frauen erklären. Nun können aber unverheurathete Frauenspersonen ohne Zuziehung eines Vormundes nicht blos ihre Mobilien, sondern auch ihre Immobilien veräußern, und eine größere persönliche Unselbstständigkeit der Ehefrauen ist, abgesehen von den Rechten des Ehemannes nicht anzunehmen, da es dazu an jedem Grunde fehlt. Demnach läßt sich der Grund jenes Rückforderungsrechtes des Ehemannes immer nur in die sog. relative Nichtigkeit der Veräußerung setzen und es ist der Frau selbst niemals ein solches Rückforderungsrecht zuzugestehen, und der Mann kann daher dasselbe auch nicht in ihrem, sondern stets nur im eigenen Namen geltend machen[1012]). Damit stimmt überein, was sich in unseren Rechtsquellen zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage findet. Erstens wird der Umstand, daß unverheurathete Frauenspersonen giltig ohne Vormund veräußern können, Ehefrauen aber nicht, daraus erklärt, daß letztere durch ihre Veräußerungen Rechte ihres Ehemannes kränken[1013]). Nach

1012) Vgl. übrigens was gegen die gewöhnlichen Begriffe von absoluter und relativer Nichtigkeit in dem Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 235 flg. bemerkt ist.

1013) Glosse der Görlitzer Handschrift des Sachsensp. zu B. 1, Art. 44 (vulgo 45).

einer anderen Stelle wird, wenn der Mann sein Widerspruchsrecht nicht binnen Jahr und Tag geltend macht, er damit ausgeschlossen, was auch darauf hindeutet, daß die Veräußerung nicht schlechthin nichtig ist[1014]). Letztere Stelle setzt auch offenbar voraus, daß, wenn der Mann nicht innerhalb der bestimmten Zeit sein Widerspruchsrecht ausübt, die Veräußerung giltig bleibe, und es wird also der Frau kein Widerspruchsrecht gegeben. Hat der Ehemann in die Veräußerung eingewilligt, so ist sie vollkommen giltig, vorausgesetzt, daß die Frau nicht noch durch andere Verhältnisse in der Veräußerung ihrer Sachen beschränkt ist, als durch die Herrschaft ihres Mannes, wie es bei allen Grundstücken überall da der Fall war, wo dieselben ohne Zustimmung der nächsten Erben nicht veräußert werden durften. Aber nicht blos unter den Lebendigen darf die Frau nicht ohne Erlaubniß des Mannes nicht über ihr Vermögen verfügen, sondern auch nicht von Todeswegen, und zwar ebensowenig durch eine letztwillige Verfügung, wie in der Form einer teutschrechtlichen Vergabung[1015]). Indessen verstatten einige Statuten ihr auch solche Dispositionen ohne des Mannes Zustimmung über gewisse unbedeutende Gegenstände[1016]) oder kleine Summen[1017]), und das alte Soester Stadtrecht selbst über soviel, wie überhaupt Jemand ohne Zustimmung seiner nächsten Erben von Todeswegen vergeben darf[1018]).

δ) Beschränkungen der Frau im Schuldenmachen. Da eine von der Frau ohne Zustimmung des Mannes vorgenommene Veräußerung ihres Vermögens für letzteren nicht verbindlich ist, so darf sie selbstverständlich ohne dessen Einwilligung auch keine Schulden machen, welche der Mann anerkennen, d. h. aus ihrem oder aus seinem Vermögen bezahlen müßte; denn dies würde eine indirecte Veräußerung sein[1019]). Das von dem Geleisteten bereits in seinen Geweren Befind-

---

1014) Goslar. Stat. S. 11, Z. 28 flg. (Rechtsb. nach Distinct. I, 20, 16.)

1015) Belege hierzu s. bei Kraut Bd. 2, S. 404, N. 15. In Lübeck bestimmten deshalb häufig nahe Verwandte, namentlich die Eltern von verheuratheten Frauen rücksichtlich der derselben gemachten Zuwendungen, daß dieselben darüber ohne Zustimmung ihrer Ehemänner sollten letztwillig verfügen können. Beispiele s. bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 3, S. 391—393.

1016) Z. B. Brem. Stat. v. 1303 (bei Oelrichs S. 24). Augsburg. Stat. (bei Walch Bd. 4, S. 261) Art. 252. München. Stat. v. 1347 Art. Umb geschaft ainer frawe (v. Freyberg S. 398).

1017) Magdeb. Recht für Breslau v. 1261 §. 18 (wiederholt im Magdeb.-Görlitz. Recht v. 1304 §. 24. Alt. Culm. Recht 4, 2. Weichb. bei Mühler §. 25. Sächs. Weichb. 65).

1018) Alt. Soest. Schrae §. 164, 167.

1019) Deshalb erwähnen wohl die älteren Rechtsquellen diesen Fall nicht ausdrücklich. In den späteren wird er berücksichtigt in der Freiburg. Verfassungsurkunde v. 1293 bei Schreiber, Urkundenb. S. 129 (womit der Entw. des Freiburg. Stadtr. v. 1275 ebd. S. 79 übereinstimmt). München. Stat. v. 1347 Art. Welche fraw wirts recht hat. Art. Von porgschaft ainer frawen (v. Freyberg S. 411, 412).

liche muß er herausgeben[1020]. Auch ist er an die Schuld gebunden, wenn das Geleistete in seinen Nutzen verwendet ist[1021]. Der Grund der Unverbindlichkeit der von der Frau ohne Zustimmung des Mannes gemachten Schulden für letzteren liegt in der Verletzung seiner Rechte an ihrem Vermögen, welche dadurch entstehen würde, wenn er sie bezahlen müßte. Hieraus folgt, daß die Verbindlichkeit der Schuld für die Frau selbst nicht von der Zustimmung des Mannes abhängt und daß also die Gläubiger sie allerdings wegen derselben in Anspruch nehmen können[1022]; selbstverständlich dürfen dieselben aber dabei die Rechte des Mannes nicht verletzen. Daher können sie aus den etwa vorhandenen Einhandsgütern der Frau ihre Befriedigung fordern, und, wo persönliche Haft der Frauenspersonen wegen Schulden zulässig war, auch die Person der Frau in Anspruch nehmen[1023]. Wo aber die persönliche Verhaftung der Frauenspersonen wegen Schulden überhaupt nicht gestattet war, mußten die Gläubiger einer Ehefrau, welche keine Einhandsgüter hatte, die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen sie bis nach dem Ableben des Mannes verschieben. Jedoch haben sie nach manchen Statuten das Recht, der Frau, so oft sie ihr begegnen, ihr oberstes Kleidungsstück abzunehmen[1024], was wohl im Resultate mit der in anderen Statuten für diesen Fall angeordneten Verurtheilung zum Innesitzen, d. h. zur Pflicht, das Haus nicht zu verlassen, bis die Schuld bezahlt war[1025], auf dasselbe hinauskam, da der Frau, wenn sie nicht eine solche schimpfliche Behandlung von ihrem Gläubiger gewärtigen wollte, nichts übrig blieb, als zu Hause zu bleiben. Wollte freilich der Mann nicht, daß seine Frau ihren Gläubigern zu Hand und Halfter

---

1020) Verm. Sachsensp. II, 16, 11. (Rechtsb. nach Distinct. III, 9, 11.) S. auch alt. Culm. Recht 4, 29, 30.

1021) Verm. Sachsensp. II, 16, 10. (Rechtsb. nach Distinct. III, 9, 10.) Sächs. Distinct. bei Pölman V, 7, 5. Goslar. Stat. S. 22, Z. 36—38.

1022) Dies sagt unter anderen deutlich das Bamberg. Stadtr. aus dem 14. Jahrh. §. 241. Andere nehmen freilich auch Unverbindlichkeit der Schuld für die Frau, also Nichtigkeit an. Z. B. Bluntschli, teutsches Privatr. Bd. 2, §. 154, Nr. 3. Walter, teutsches Privatr. §. 94, 193. Es ist dies aber mit dem, was weiter im Texte von den Befugnissen der Gläubiger gegen die Frau aus mehreren Statuten erwähnt wird, mit einer Unverbindlichkeit der Schuld für die Frau selbst nicht zu vereinigen Allerdings steht es heutzutage nach Particularrechten anders.

1023) Dies sagt ausdrücklich der verm. Sachsensp. II, 16, 10. Ueber die Erklärung der darin vorkommenden Redensarten: „von einem helffen" und „antworten mit der Hand" s. Kraut Bd. 2, S. 407, N. 5. Erstere bedeutet, das Urtheil vollziehen, besonders durch Einweisung in die Güter des Schuldners, letztere, zu Hand und Hafter geben. Letzteres ergiebt sich deutlich aus dem Rechtsb. nach Distinct. III, 9, 6.

1024) S. z. B. Hamburg. Stat. v. 1276 IX, 14 (13). S. auch Hamburg. Stat. v. 1270 IX, 13, v. 1292 M. X, v. 1497 B. 6, v. 1603 II, 8, 1. Alt. Lüb. Recht Cod. Hach. III 364. Rev. Lüb. Recht I, 3, 1. Stad. Stat. v. 1279 VI, 12. Brem. Stat. v. 1303. Ord. 92 v. 1428 III, 9, v. 1433 Ord. 73.

1025) Z. B. Götting. Stat. bei Pufendorf 3. 168.

gegeben werde, oder auch entweder jener schimpflichen Behandlung ausgesetzt sei, oder im eigenen Hause wie gefangen sei, so mußte er auch die von ihr ohne seine Zustimmung gemachten Schulden bezahlen. — Es fragt sich, ob der Mann, wenn er Erbe der Frau wird, in dieser Eigenschaft nach ihrem Tode für die von ihr ohne seine Genehmigung gemachten Schulden haften müsse. Diese Frage wird in dem Bamberger Stadtrechte aus dem 14. Jahrhunderte verneint[1026]. Denn wenn nach der in der Note angeführten Stelle desselben der Ehemann nur die Kleider seiner Frau an die Gläubiger herausgeben, sonst aber mit ihren Schulden nichts zu thun haben und nichts von seinem Vermögen zu deren Bezahlung aufzuwenden verpflichtet sein soll, außer wenn eine Nutzverwendung stattgefunden hätte („also ob er derselben schulld nicht eingenomen oder mit ir nit genossen hat"), so ergiebt sich aus dem Gegensatze, welcher hier zwischen den Kleidern der Frau, welche ihr Ehemann nicht von ihr erbt, und seinem Vermögen gemacht wird, daß unter dem letzteren auch alles Vermögen zu verstehen ist, welches er von ihr geerbt hat. Dagegen ist es eine andere Frage, ob dieser Grundsatz des Bamberger Stadtrechtes als ein gemeinrechtlicher zu betrachten sei. Dies ohne weiteres anzunehmen, fällt umsomehr bedenklich, als in Bamberg auch jeder andere Erbe der Frau zur Bezahlung der von ihr ohne Einwilligung ihres Ehemannes gemachten Schulden nicht verbunden war[1027]. Aber mehrere andere Gründe sprechen dafür. Erstens nämlich ist es schon an sich unwahrscheinlich, daß der Mann nach Beendigung der Ehe zur Bezahlung von Schulden verpflichtet sein sollte, welche er während der Ehe nicht anzuerkennen brauchte. Besonders auffällig wird dies durch Berücksichtigung des Rechtes des Sachsenspiegels, nach welchem der Mann die ganze fahrende Habe seiner Frau außer der Gerade erbt, also das Vermögen, auf welchem allein die Schulden haften können, da dieselben ebensowenig von der Gerade als von den ererbten Grundstücken bezahlt zu werden brauchen[1028]. In der That müßte also der Mann, wenn er als Erbe für die Schulden seiner Frau unbedingt haften sollte, alle von ihr, auch ohne seine Einwilligung, gemachten Schulden, soweit sie überhaupt von den Erben bezahlt werden müssen, bezahlen, was nicht glaublich ist. Ferner wäre es kaum erklärlich, wie die in den Noten 1019, 1020, 1021 angeführten Stellen ganz allgemein sagen können, daß der Mann an die von seiner Frau ohne

1026) Bamb. Stadtr. aus dem 14. Jahrh. §. 242, nach Kraut die einzige bekannte Rechtsquelle, welche sich über diese Frage ausspricht.

1027) Dies deuten nicht nur schon die Schlußworte des §. 241 des Bamberger Stadtrechtes: „die weill sie lebt" an, sondern ist auch deutlich ausgesprochen in einer Bamberg. Rathsverordnung v. 1326 (bei Zöpfl, Bamberg. Recht. Urkundenb. S. 160, Nr. XCVI), welche abgedruckt ist bei Kraut Bd. 2, S. 410, N. 11.

1028) Rücksichtlich der Gerade wird dies ausgesprochen in den Goslar. Stat. S. 6, Z. 24. Verm. Sachsensp. I, 17, 9. Vgl. überhaupt v. Sydow, Darst. des Erbrechtes nach dem Sachsensp. S. 332, N. 1036.

seine Zustimmung gemachten Schulden nicht gebunden sei und daß davon nur bei einer stattgehabten Nutzverwendung eine Ausnahme gemacht wird. Endlich folgt aus demselben Grunde, aus welchem der Mann während der Ehe an eine von der Frau ohne seine Einwilligung gemachte Schuld nicht gebunden ist, daß er dieselbe auch nach beendigter Ehe in seiner Eigenschaft als Erbe der Frau nicht zu bezahlen hat. Denn dieser Grund ist ja der, daß die Frau über das seiner Herrschaft unterworfene Vermögen nicht einseitig verfügen darf. Es wird daher auch dieses Vermögen durch die einseitig von ihr gemachte Schuld gar nicht ergriffen, und da nach älterem teutschen Rechte die persönlichen Verbindlichkeiten des Erblassers nicht auf den Erben übergehen, sondern dieser immer nur diejenigen Schulden desselben zu bezahlen hat, welche auf dem von ihm ererbten Vermögen haften, so ist es ganz consequent, daß der Ehemann auch in seiner Eigenschaft als Erbe seiner Frau nicht zur Bezahlung der von ihr einseitig gemachten Schulden verbunden ist. Eine weitere Folgerung aus demselben Grunde ist, daß auch andere Erben der Ehefrau, außer dem Ehemanne, wenn sie nur Vermögen der Frau erben, welches der Vormundschaft des letzteren unterworfen gewesen ist, die von ihr während der Ehe ohne Zustimmung des Ehemannes gemachten Schulden nicht zu bezahlen brauchen. — Bei den von der Ehefrau schon vor Eingehung der Ehe gewirkten Schulden treten die Gründe nicht ein, aus welchen der Ehemann die von ihr während der Ehe ohne seine Zustimmung gemachten Schulden, auch selbst aus ihrem Vermögen, nicht zu bezahlen hat. Vielmehr muß er diese aus ihrem Eingebrachten bezahlen, da sie ihm nur so viel einbringen konnte, als nach Bezahlung ihrer Schulden ihr übrig blieb, und bezahlt er diese, so giebt er nur das heraus, worauf er niemals einen Anspruch hatte machen können. Selbstverständlich braucht er die vorehelichen Schulden der Frau nicht weiter zu bezahlen, als das Eingebrachte reicht. Dagegen ist es eine andere Frage, ob, wenn die Frau während der Ehe aus irgend einem Grunde Vermögen erwirbt, der Mann auch aus diesem die vorehelichen Schulden der Frau bezahlen müsse. Diese Frage wird von Einigen bejaht, von Anderen verneint[1029]). Für die Bejahung macht Runde geltend, daß der Uebergang des Vermögens der Frau in die Hand des Mannes als eine successio per universitatem zu betrachten sei und wendet darauf den Grundsatz an: bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno. Dieser Grund ist unrichtig; denn von einer successio per universitatem kann solchenfalls nicht die Rede sein, da jeder künftige Erwerb der Frau, sollte er auch in einer ganzen Erbschaft bestehen, als Bestandtheil ihres Vermögens immer nur als eine singula

1029) Bejaht wird sie von Runde, ehel. Güterrecht S. 92 flg. Beseler, teutsches Privatr. Bd. 2, §. 139, N. 13. Bluntschli, teutsches Privatr. Bd. 2, §. 154. Walter, teutsches Privatr. §. 193; verneint von Kraut, teutsche Vormundschaft Bd. 2, S. 413, und früher von Finster, de obligatione uxoris circa solvenda mariti debita p. 13.

res betrachtet werden kann. Als fernerer Grund für die Bejahung wird angeführt, daß, wenn die Frau nicht geheurathet hätte, ihre Gläubiger auf das später von ihr erworbene Vermögen würden haben Anspruch machen können und es im höchsten Grade unbillig sein würde, wenn sie diesen Anspruch durch die Verheurathung der Frau verlieren sollten. Kraut will auch diesen Grund nicht anerkennen und entscheidet sich für Verneinung der Frage. Denn alles, was die Frau während der Ehe erwirbt, falle, sagt er, in demselben Augenblicke, wo sie es erwirbt, auch unter die Herrschaft des Mannes, und wenn er davon die Schulden der Frau bezahlen sollte, so würde er nicht, wie bei demjenigen, was die Frau ihm einbringt, in der That nur das wieder herauszugeben haben, worauf er nie einen Anspruch gehabt hatte, sondern ein von ihm bereits erworbenes Recht zu Gunsten der Gläubiger seiner Frau aufopfern müssen, ohne daß einzusehen wäre, aus welchem rechtlichen Grunde diese ihn zu einem solchen Opfer zwingen könnten[1030]. Wir müssen uns für die Bejahung obiger Frage, mithin für die Haftung des später von der Ehefrau erworbenen Vermögens für die vorehelichen Schulden derselben entscheiden, jedoch nur soweit dasselbe nicht unter den Begriff einer dem Manne gehörigen Errungenschaft fällt. Der Grund für diese Ansicht ist mit Beseler darin zu suchen, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Eingebrachten und dem späteren Erwerbe, welcher als eine Vermehrung der Illaten erscheint[1031], gar nicht besteht, im allgemeinen aber sich kein Grund einsehen läßt, warum der Anspruch des Mannes auf die Nutzung und Verwaltung stärker sein soll, wie die Rechte der Gläubiger auf die Güter als Executionsgegenstände ihrer Forderung[1032]. Dagegen ist allerdings der Mann nicht verpflichtet, das später erworbene Vermögen der Frau zur Bezahlung der von ihr erst während der Ehe gemachten Schulden zu verwenden. Daß die Frau persönlich fähig ist, sich zu obligiren, und dennoch ihren Gläubigern vorerst alle Wege der Befriedigung durch unmittelbare Zuwendung aller künftigen Mittel an einen Dritten abgeschnitten sind, kann nicht als Grund für eine solche Verpflichtung des Mannes gelten, indem Gleiches sowohl im teutschen

---

1030) Zur Bestätigung seiner Ansicht beruft sich Kraut auf die Wien. Stat. v. 1435 bei Rauch, Script. 3. 244. Rub. Ob ain waib u. s. w., was allerdings ein Zeugniß aus ziemlich später Zeit sei, umsomehr aber zum Beweise der Anerkennung des aufgestellten Grundsatzes im teutschen Rechte dienen könne, als das strenge Recht im Laufe der Zeit immer mehr abgeschlossen worden sei und man daher, wenn man diesen Grundsatz noch in so später Zeit anerkannt finde, vollkommen berechtigt sei, daraus auf sein Vorkommen im älteren Rechte zu schließen.

1031) Rechtsspruch des Lübecker Oberhofs von 1489 bei Michelsen, der Lübecker Oberhof Nr. 211. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 67.

1032) Hiernach wird obige Frage auch in den Ländern sächsischen Rechtes noch heutzutage entschieden werden müssen, da aller spätere Erwerb der Frau dort zu deren Eingebrachten gehört.

als im römischen Rechte in vielen anderen Fällen stattfindet. Es kann dies nur ein Grund für jeden Dritten sein, sich zu hüten, mit einer solchen juristisch zahlungsunfähigen Person in ein obligatorisches Verhältniß zu treten. Auch verstößt die entgegengesetzte Ansicht gegen den Grundsatz, daß die Frau ihr Gut nicht vergeben soll ohne ihres Mannes Willen, indem derselbe stets so allgemein ausgesprochen wird, daß man ohne dringende Gründe keine Veranlassung hat, ihn nicht ebensogut auf das von der Frau erst während der Ehe erworbene Vermögen zu beziehen, wie auf das ihr bei Eingehung der Ehe bereits zustehende. Denn auch hier kommt in Berücksichtigung, daß das Schuldenmachen nur eine indirecte Veräußerung ist. — Da dasselbe was von der Veräußerung auch von dem Schuldenmachen gilt, so ist anzunehmen, daß die Schuld, welche die Frau mit Einwilligung des Mannes contrahirt hatte, von jeher von ihm als vollkommen giltig anerkannt werden mußte. Es fragt sich aber, ob der Mann eine solche Schuld nur aus ihrem Vermögen bezahlen muß oder ob er auch mit dem seinigen dafür haftet. Wollte man bei Beantwortung dieser Frage von den römischen Grundsätzen über Vormundschaft ausgehen, so müßte man das Erstere behaupten, weil nach ihnen die Einwilligung des Vormundes nur bewirkt, daß sie die von dem Mündel contrahirte Schuld für diesen selbst verbindlich macht. Allein die Einwilligung des Ehemannes kann nicht diese Bedeutung haben, wie sich schon daraus ergiebt, daß die Schuld für die Frau selbst auch ohne jene verbindlich ist. Erwägt man ferner, daß die Gläubiger der Frau, wenn der Mann nicht in die Schuld eingewilligt hat, deren unter seiner Herrschaft stehendes Vermögen deshalb nicht angreifen könne, weil seine eigenen Rechte daran dadurch verkürzt werden würden, sie dies aber, wenn die Frau mit seiner Zustimmung gehandelt hat, allerdings thun dürfen, so ergiebt sich schon hieraus, daß seine Einwilligung ihn selbst für die Schuld verpflichtet. Bedenkt man endlich, daß nach außen hin alles in den Händen des Mannes befindliche Vermögen beider Eheleute immer als eine Gesammtmasse erscheint, welche die Frau nur deshalb nicht in Schulden bringen kann, weil nicht sie, sondern ihr Mann Vertreter derselben ist, daß aber, wenn sie mit Zustimmung des Mannes handelt, diese Vertretung für den Augenblick auf sie übergeht, so muß man auch das eigene Vermögen des Mannes als haftend für die mit seiner Einwilligung von der Frau gewirkte Schuld betrachten. Natürlich hing es, wenn die Frau Vermögen hatte, ganz von seiner Willkür ab, ob er zur Bezahlung der Schuld zuerst sein eigenes Vermögen oder das seiner Frau angreifen wollte. Verwendete er das erstere dazu, so konnte er gegen die Frau nicht auf Wiedererstattung klagen[1033]). Da die Frau bei Contrahirung von Schulden mit

1033) Dies sagt ausdrücklich das alte Culm. Recht 3, 126. Ob dem Manne aber nicht, da das Vermögen der Frau nicht immer gleich flüssig sein wird, und er deshalb aus eigenen Mitteln zahlt, wenigstens ein Compensations= resp.

Einwilligung ihres Ehemannes als die Vertreterin des Gesammtgutes zu betrachten ist, und eigentlich auf dieses die Schuld macht, so folgt daraus, daß zur Bezahlung einer solchen bei Beendigung der Ehe noch nicht getilgten Schuld jeder, welcher etwas von dem Gesammtgute erhält, zu seinem Antheile beitragen muß.

αα) Von den Delictsschulden der Ehefrau insbesondre. Allgemein ist man darüber einverstanden, daß Ehefrauen durch Delicte, welche sie begehen, sobald daraus eine Geldschuld entspringt, verpflichtet werden. Nur das ist die Frage, wie während der Ehe eine solche Schuld zu realisiren sei. Unzweifelhaft muß der Mann, wenn er die Frau zu dem Vergehen veranlaßt oder sonst dazu mitgewirkt hat, die Schuld nicht blos aus dem Vermögen der Frau bezahlen, sondern im Falle der Unzulänglichkeit desselben auch mit seinem eigenen dafür haften. Es fragt sich nur noch, wie es sich dann verhalte, wenn dem Manne keine eigene Verschuldung bei dem Vergehen der Frau zur Last fällt. Zuvörderst kommt hier die Anwendbarkeit der Grundsätze in Frage, welche über die Vertretung des Mündels durch den Vormund in passiver Beziehung nach älterem teutschen Rechte bereits früher vorgetragen worden sind (vgl. diese Abth. A. CC. Nr. 7). Diese Grundsätze sind im wesentlichen folgende, soweit sie hier in Betracht kommen. Nach den Rechtsquellen der mittleren Zeit muß der Vormund zwar das von unmündigen Kindern verwirkte Wehrgeld bezahlen und den durch sie zugefügten Schaden ersetzen, aber Beides, wenn er nicht selbst an dem Vergehen Theil genommen hat, zunächst nicht aus seinem, sondern aus ihrem eigenen Vermögen; wenn letzteres aber zur Tilgung der Schuld nicht hinreicht, hat er dieselbe entweder aus seinem eigenen Vermögen zu bezahlen oder die Behandlung seines Mündels wie jedes anderen zahlungsunfähigen Schuldners zu dulden. Die Rechtsquellen der älteren Zeit haben dagegen in dieser Hinsicht ein doppeltes System. Nach dem sächsischen Volksrechte steht nämlich im ganzen die Sache schon ebenso, wie nach den Rechtsquellen des Mittelalters; nach den übrigen Volksrechten hingegen hat der Vormund immer subsidiarisch für die durch das Vergehen seines Mündels entstandene Schuld mit seinem eigenen Vermögen zu haften. Ohne Zweifel wurde es bei einer Ehefrau, wenn sie ein Vergehen begangen hatte, ebenso gehalten. Dafür giebt es, wenigstens in den longobard. Gesetzen, ein ausdrückliches, schon früher angeführtes, Zeugniß[1034]), indem, wenn dort in Bezug auf das daselbst genauer bezeichnete Vergehen eines Mädchens oder einer Frau gesagt wird: parentes aut mundualdus componat pro ipsa, dies nach dem früher Bemerkten so zu verstehen ist, daß der

---

Retentionsrecht zu verstatten sei, um Ersatz von der Frau zu erlangen, dürfte doch wenigstens sehr fraglich sein. Ein Recht des Mannes auf Ersatz erkennt an Walter, teutsches Privatrecht §. 193.

1034) LL. Liutpr. 146. (6. 93.) (L. Longob. I. 16. 7.)

Vormund oder Ehemann, sobald das Vermögen des Mündels zur Bezahlung der Composition nicht hinreicht, selbst dafür haften muß. Schwieriger ist die aufgeworfene Frage nach den Grundsätzen des sächsischen Volksrechtes und nach den Rechtsquellen der mittleren Zeit zu beantworten. Zwar ist soviel gewiß, daß der Ehemann für die Vergehen seiner Frau nicht in einem größeren Umfange zu haften brauchte, als ein anderer Vormund für die seines Mündels; zweifelhaft aber ist es, theils ob der Ehemann eine Delictsschuld der Frau aus deren Vermögen zu bezahlen hatte, theils ob, wenn die Schuld nicht bezahlt wurde, die Frau wegen Delictsschulden da zu Hand und Halfter übergeben werden konnte, wo dies wegen anderer Schulden nicht zulässig war. Den ersteren Punkt anlangend ist es, da dem Manne, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Vermögen der Frau hätte verlangen können, dadurch dieses wider seinen Willen entzogen sein würde, nicht wohl begreiflich, wie in den Rechtsquellen, während sie sonst ziemlich genau die Fälle aufzählen, in welchen der Mann die ohne seine Einwilligung von der Ehefrau gewirkten Schulden bezahlen muß, dieser Fall gar nicht erwähnt worden sein sollte. Ebensowenig ist es wahrscheinlich, daß in den Rechten, welche das Geben der Weiber zu Hand und Halfter an ihre Gläubiger wegen anderer Schuldner für unzulässig erklärten, es in dieser Beziehung bei Delictsschulden anders gehalten sein sollte. Denn sie sprechen, wenn sie jenes Verfahren bei Frauenspersonen für unstatthaft erklären, ganz allgemein von Schulden, so daß man keinen Grund hat, dabei einen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Schulden zu machen. Hieraus folgt aber, daß im Falle der Unzulänglichkeit der Einhandsgüter der Frau zur Bezahlung der Schuld die Gläubiger kein indirectes Zwangsmittel hatten, um den Ehemann zur Bezahlung derselben, ebensowenig aus dem in seinen Geweren befindlichen Vermögen der Frau, wie aus seinem eigenen zu nöthigen, als höchstens jenes indirecte Zwangsmittel, daß sie es dahin bringen konnten, daß die Frau ohne Gefahr das Haus nicht verlassen durfte. Damit steht auch das Wenige, was die Rechtsquellen aus späterer Zeit darüber enthalten, im Einklange[1035]). Der Sinn der ersten in der Note angeführten Stelle ist folgender. Wenn eine Ehefrau ein in den städtischen Satzungen enthaltenes Strafgebot übertritt, so ist sie, bis sie die Strafe erlegt, zum Innesitzen bei Strafe von 3 Pfunden zu verurtheilen. Ist ihr Mann davon in Kenntniß gesetzt und bricht sie dann das Innesitzen dreimal, so kann er sowohl wegen der ursprünglich verwirkten Strafe als auch wegen der durch den dreimaligen Bruch des Innesitzens verwirkten 9 Pfund gepfändet werden, er könnte denn schwören, daß er

---

1035) Die Hauptstelle darüber ist in den Götting. Stat. bei Pufendorf 3. 169. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 421. Zur Erklärung derselben muß die unmittelbar vorhergehende Stelle (abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 422) damit verglichen werden, welche von dem Verfahren in gewöhnlichen Schuldsachen unverheuratheter Frauenspersonen handelt.

ihrer nicht mächtig sei, welchenfalls die Frau die in der zweiten in der Note angeführten Stelle genannte Buße erleiden, d. h. aus der Stadt verwiesen werden soll. Hieraus ergiebt sich, daß der Mann die von der Frau verwirkte Geldsumme an und für sich nicht zu bezahlen braucht, weder aus ihrem, noch aus seinem Vermögen. Denn seine Pfändung wegen dreimaligen Bruches des Innesitzens von Seiten der Frau ist blos aus dem Grunde zulässig, weil er, wenn die Frau zum Innesitzen verurtheilt ist, dafür zu sorgen hat, daß sie dasselbe nicht breche, also wegen seiner eigenen Schuld. Sonst bedurfte es gar keiner Anzeige an ihn von jener Verurtheilung; auch wäre nicht einzusehen, wie er sonst durch den Schwur, daß er seiner Frau nicht mächtig sei, sich von der Schuld sollte befreien können [1036]). Auch was andere Statuten, als die in der Note 1035 angeführten Göttinger, enthalten, bestätigt das Bemerkte [1037]). Hiernach steht es rücksichtlich der Haftungspflicht des Mannes für Delictsschulden der Frau nicht anders als wie bei anderen Schulden. Unverkennbar liegt darin eine Härte für den Gläubiger, da die Delictsschuld ohne sein Zuthun entsteht, während es bei anderen Schulden von seiner Willkür abhängt, ob er mit einer Ehefrau contrahiren will oder nicht. Allein das teutsche Recht sieht hier offenbar mehr auf die Rechte des Ehemannes, für den es auch hart ist, wenn er für das ohne seine Schuld von der Frau begangene Vergehen einen Theil ihres Vermögens herausgeben und die ihm daran gesetzlich zustehenden Rechte entbehren soll. Auch lag ein indirecter Zwang für den Mann in der Verurtheilung der Frau zum Innesitzen, zumal da dieser selbst dafür haften mußte, daß dieselbe es nicht brach.

ββ) Von den Veräußerungen der Ehefrau an ihren Ehemann. Nach dem früher Bemerkten sind Ehefrauen ebensowenig wie die unverheuratheten Frauenspersonen an und für sich handlungsunfähig, sondern in der Dispositionsbefugniß über ihr Vermögen durch die dem Ehemanne daran zustehenden Rechte beschränkt. Hieraus folgt, daß die Frau auch während der Ehe mit ihrem Ehemanne giltig Verträge abschließen und andere Rechtsgeschäfte vornehmen kann. Die Unmündigkeit der Frauenspersonen überhaupt bringt es aber mit sich, daß, wenn das Geschäft ein solches ist, welches vor Gericht abgeschlossen werden muß, die Ehefrau dazu einen Vormund nöthig hat. Die rechte Vormundschaft des Ehemannes kann hier, da er selbst Contrahent ist, natürlich nicht geltend gemacht werden und daher muß in einem solchen

---

1036) Darüber, daß dies nicht blos auf das Haften des Mannes mit seinem eigenen Vermögen zu beziehen sei, sondern daß er auch aus dem seiner Herrschaft unterworfenen Vermögen der Frau, außer wenn ihm selbst eine Verschuldung zur Last fällt, nichts herzugeben braucht, vgl. die Ausführung von Kraut Bd. 2, S. 423.

1037) Brem. Stat. Cod. v. 1303 St. 15, 16. Ueber Anderes, was andere Rechtsquellen in Bezug hierauf enthalten, siehe Kraut §. 87, N. 3, Bd. 2, S. 424.

Falle regelmäßig das Gericht der Frau einen Vormund bestellen. Das Gesagte findet Bestätigung durch eine Stelle des Sachsenspiegels[1038]). Im Anfange der Stelle ist zwar nur von einer Jungfrau oder einer Witwe die Rede; es ist aber bei den letzten gesperrt gedruckten Worten, welche hier allein interessiren, an eine Ehefrau zu denken, wie aus den Worten: „ir man“ hervorgeht. Der Sinn dieser Stelle ist folgender: Sowie unverheuratheten Frauenspersonen, wenn sie gegen ihren rechten Vormund deshalb Klage erheben, weil er ihnen ihr Gut nehme, vom Gericht ein Vormund bestellt werden muß, so muß dieses auch geschehen, wenn ein Ehemann seiner Frau eine Leibzucht an seinem Eigen bestellen oder ihr Eigen in Ursale oder Irsale, d. h. als Wiedererstattung für ein veräußertes Leibzuchtsgut geben will[1039]). Hieraus ergiebt sich, daß Rechtsgeschäfte unter Ehegatten giltig sind, und ferner, daß bei einem von der Frau mit dem Ehemanne abzuschließenden Geschäfte, wozu Frauenspersonen einen Vormund nöthig haben, ihr das Gericht einen solchen zu bestellen hat. Später durfte hier und da die Ehefrau in einem solchen Falle sich selbst einen Vormund wählen, wozu sie auch ihren Ehemann nehmen konnte[1040]). Aus dem Bisherigen sollte man schließen, daß eine Ehefrau ihrem Manne ohne Beschränkung von ihrem Vermögen Zuwendungen machen dürfe, sofern nur nicht die Rechte ihrer nächsten Erben dadurch verletzt werden. So richtig dies nun auch ist, wie sich später zeigen wird, so gilt es doch, eine Stelle des Sachsenspiegels zu erklären, welche das Gegentheil zu sagen scheint[1041]). Nach

1038) Sächs. Landr. B. 1, Art. 44. „Klaget ouch magt oder witewe über iren rechten vormunden, daz her ir ir gut neme, zu der klage sal sie daz gerichte vormunden, und dar ir ir man gibt eigen in ir sale (andere Handschriften haben ursale) oder zu irme libe.“

1039) Der Ausdruck „ursale“ oder „irsale“ kömmt her von sale, datio, traditio (Grimm, Rechtsalterth. S. 555) und ur oder ir, welches häufig in dem Sinne von wieder oder von dem lateinischen re vorkommt (Grimm, Gramm. 2, 818 u. 823) und bedeutet also wörtlich soviel wie Wiedergabe, nicht Wider- oder Gegengabe. So erklärt es Kraut Bd. 2, S. 426, N. 1. In letzterer Bedeutung, für Widergabe, Gegengabe nimmt es das hinter den Zobel'schen Ausgaben des sächs. Weichbildes und Lehnrechtes befindliche „Register der alten Vocabula“, wo es heißt: „Ursal heist so viel als Irsal, das ist, da der mann seim weib eine gabe gibt gegen irem eingebrachten ehegelde, die ir sal, das ist, das sie solche gab behalten sol“, was, abgesehen von der falschen Ableitung, unrichtig ist. Dagegen wird die von Kraut gegebene Erklärung bestätigt durch die Glosse der Lüneburger von Brandt von Tzerstade geschriebenen Handschrift des Sachsenspiegels, in welcher sich folgende Erklärung befindet: Ursale, dat is so vele alse wedderstadinge, alse eyn man verkofte synes wyves lyfgeding u. lete dar vor der vrouwen ander gut wedder in de stade lyen.“ Auch die Berliner Glosse bei Homeyer legt dem Worte: Ursale dieselbe Bedeutung bei, indem es darin heißt: „Ursale heit — irstedinge.“ Ueber die Erklärungsversuche Anderer s. Haltaus, Glossar. p. 2007 sq.

1040) Schöffenurth. bei Böhme 6, 151, Nr. 2.

1041) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 2. „Swenne ein man wib nimt, so nimt her in sine gewere al er gut zu rechter vormundeschaft; dar umbe mag kein wib irme manne cheine gabe gebn an irme eigene noch an

dieser Stelle darf eine Ehefrau ihrem Manne weder von ihren Grundstücken, noch von ihrer fahrenden Habe etwas geben, wodurch sie es ihren rechten Erben nach ihrem Tode entzöge. Was die Grundstücke anlangt, so ist dies ganz dem Rechte des Sachsenspiegels gemäß, nach welchem diese überhaupt Niemand ohne Einwilligung seiner nächsten Erben veräußern darf. Was den Grund betrifft, aus welchem die Ehefrau auch keine Vergabung ihrer beweglichen Sachen an ihn machen darf, so ist derselbe noch besonders zu erörtern. Zuvor ist aber der Sinn des Ausdruckes „fahrende Habe" festzustellen, und zwar deshalb, weil hier offenbar der Fall des Ablebens der Frau vor dem Manne berücksichtigt wird, der Mann bekanntlich aber als überlebender Theil die sämmtliche fahrende Habe der Frau, soweit sie nicht zur Gerade gehört, erbt, und sich von jener daher im allgemeinen gar nicht sagen läßt, daß die Ehefrau durch eine Vergabung derselben an den Mann sie ihren rechten Erben entziehe, da der Mann sie ja ohnehin nach ihrem Tode behalten haben würde. Es verstehen daher Manche unter dem Ausdrucke „fahrende Habe" hier die Gerade[1042]). Andere wenden dagegen ein, daß dies dem Sprachgebrauche des Sachsenspiegels ganz entgegen sei, welcher für die einzelnen Theile des Vermögens und der Erbschaft eine sehr genaue Terminologie habe[1043]). Dieser Einwand wird dadurch beseitigt, daß, wie aus einem Magdeburger Schöffenurtheile[1044]), welchem ohne Zweifel der Sprachgebrauch des Sachsenspiegels zu Grunde liegt, sich ergiebt, diesem Sprachgebrauche es vollkommen gemäß ist, sobald von fahrender Habe der Frau während der Ehe gesprochen wird, dabei vorzugsweise an die Gerade zu denken. Auch wird in demselben Schöffenurtheile der fragliche Satz des Sachsenspiegels ausdrücklich auf die Gerade, welche die Frau ihrem Manne zubringt, bezogen, und dann die eben gemachte Bemerkung hinzugefügt. Eine weit größere Schwierigkeit würde entstehen, wenn die Ansicht derjenigen richtig wäre, welche die Gerade als eine erst bei Auflösung der Ehe sich bildende Masse betrachten. Allein da, wenn es in der angeführten Stelle heißt, die Frau könne ihrem Manne keine Gabe an ihrer fahrenden Habe geben, wodurch sie diese ihren rechten Erben nach ihrem Tode entziehe, dabei offenbar an ein schon gegenwärtiges Vermögen der Frau gedacht werden muß, so liegt, abgesehen von den anderen Gründen, welche schon früher für die Unrichtigkeit jener Ansicht angeführt worden sind, in der unauflöslichen Schwierigkeit, in welche man bei Annahme derselben im gegenwärtigen

---

irer varnder habe, daz si ez iren rechten erben entverne nach irme tode; wen der man en mag an sines wibes gute cheine andere gewere gewinnen, wen her als zu deme ersten mit ir enphing in vormundeschaft." Diese Stelle erklärt ausführlich Kraut Bd. 2, S. 427 flg.

1042) Siehe die Citate bei Kraut Bd. 2, S. 428, N. 4, besonders Albrecht, Gewere S. 266.

1043) v. Sydow, Erbrecht N. 774.

1044) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 113, 5.

Falle gerathen würde, ein neuer Beweis für deren Unhaltbarkeit. Denn selbst wenn sich die fragliche Stelle so verstehen ließe, daß die Frau an den Sachen, welche bei ihrem Tode die Gerade bildeten, ihrem Ehemanne keine Vergabung machen dürfe, so würde, da dem Rechte des Sachsenspiegels nur Vergabungen solcher Sachen bekannt sind, die schon jetzt zum Vermögen des Vergabenden gehören[1045]), wieder sich nicht einsehen lassen, warum der Verfasser dieses Rechtsbuches hier hervorhebt, daß die Ehefrau eine solche Vergabung nicht an ihren Mann machen könne, indem, wegen der gänzlichen Unzulässigkeit solcher Vergabungen, es ganz unerheblich sein würde, wem sie gemacht wäre[1046]). Der Grund, weshalb eine Ehefrau keine Vergabung ihrer Gerade an ihren Mann machen darf, wird von denjenigen, welche sich darüber ausgesprochen haben, darin gefunden, daß nach dem älteren Rechte die Frauenspersonen nicht nur ihre Grundstücke, sondern auch ihre Gerade nicht ohne Zustimmung ihrer nächsten Erben hätten veräußern dürfen[1047]). Für die letztere Behauptung führen sie nur die in Frage stehende Stelle des Sachsenspiegels (I, 31, §. 2) selbst an. Dagegen ist mit Kraut folgendes zu bemerken. Es liegt dies, was jene behaupten, gar nicht in den Worten dieser Stelle; denn daß die Frau ihren rechten Erben ihr Gut durch eine Vergabung an ihren Ehemann nicht entziehen könne, wird darin nicht als Ursache der Ungiltigkeit der Vergabung, sondern als Folge hievon angegeben[1048]). Weit eher könnte man aus ihr auf das Entgegengesetzte schließen. Denn wäre jene Behauptung richtig, so würde die Frau ja auch nicht an einen Anderen als ihren Ehemann, selbst nicht mit dessen Einwilligung, wenn nicht noch die Einwilligung ihrer rechten Erben hinzu käme, ihre Gerade giltig vergeben können, und es wäre dann kaum ein Grund einzusehen, warum hier gerade die Ungiltigkeit der Vergabung an den Ehemann hervorgehoben wäre. Ebensowenig ließe sich unter jener Voraussetzung begreifen, warum sonst nirgends von einer solchen Beschränkung der Frauen in Veräußerung ihrer Gerade sich etwas erwähnt findet, zumal dann auch unverheurathete Frauenspersonen derselben unterworfen ge-

---

1045) S. Albrecht, Gewere S. 201, N. 511. Beseler, Erbverträge Th. 1, S. 153.

1046) Obiges wird bestätigt durch ein Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme VI, 128, Nr. 2.

1047) J. B. von Böhmer, de statu donat. inter vir. et uxor. §. 34—37. (Exerc. ad Pand. p. 764—770.) Emminghaus, Comm. in ius Sasut. antiq. ad art. 28. p. 100 sq.

1048) Die Worte: „dar se't iren rechten erven mede verne na irem dode" (Homeyer) im sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 2 bedeuten nicht soviel wie: daß sie es ihren rechten Erben nicht entfremde, wie sie Böhmer l. c. §. 34. 36. wiedergiebt, sondern: womit sie es ihren Erben entzöge. Die von Gärtner gebrauchte Handschrift, welche auch der Ausgabe des Sachsenspiegels von Weiske (Leipzig 1840) zu Grunde liegt (s. Weiske's Vorrede) und aus welcher der Text der fraglichen Stelle in Note 1041 abgedruckt ist, ist allerdings geeignet, die Auslegung von Böhme zu begründen.

wesen sein würden. Endlich wird, was bis auf Kraut ganz übersehen worden ist, in der fraglichen Stelle selbst der Grund, warum eine Ehefrau keine Vergabungen an ihren Ehemann machen kann, angegeben, und dieser Grund ist ein ganz anderer. Er wird nämlich, sowohl in Bezug auf die Vergabung von Eigen als auch auf die von fahrender Habe darin gesetzt, daß der Ehemann vermöge seiner Vormundschaft über die Frau die Gewere an ihrem Gute habe. Dies ergiebt sich deutlich nicht nur aus den Worten: „dar umbe" in jener Stelle, wodurch der in Frage stehende Satz mit dem vorhergehenden verknüpft wird, sondern auch aus dem Schlusse derselben: „wen der man en mac an sines wibes gute cheine andere gewere gewinnen, wen her als zu deme ersten mit ir enpfing in vormundeschaft." Der Grund nun, warum die Ehefrau wegen der Gewere des Mannes an ihrem Gute keine Vergabung, weder ihrer Grundstücke, noch ihrer Gerade machen kann, und warum der Mann an ihrem Vermögen, selbst mit ihrer Einwilligung, keine andere Gewere erlangen kann, als diejenige, welche er schon ohnehin wegen seiner Vormundschaft über sie hat, ist in allgemeinen Principien des teutschen Rechtes zu suchen, da an eine gesetzliche Vorschrift dabei nicht zu denken ist. Man könnte, von diesem Gesichtspunkte ausgehend, besonders in Betracht, daß Gabe im älteren teutschen Rechte vorzugsweise eine Schenkung bezeichnet, blos Schenkungen der Ehefrau an den Mann für unzulässig halten wollen[1049]) und annehmen, daß die Teutschen, weil der Mann seinen Einfluß auf die Frau sonst leicht zu seiner Bereicherung mißbrauchen könnte, dieselben ohne Zustimmung der nächsten Erben der Frau nicht gestattet hätten. Allein Gabe bezeichnet auch häufig jede Veräußerung überhaupt, und diese Bedeutung muß man hier annehmen, weil der Grund, weshalb sie nicht zulässig sein soll, welcher darin besteht, daß der Mann an dem Vermögen seiner Frau keine andere Gewere gewinnen kann, als er zuerst mit ihr empfing zu rechter Vormundschaft, offenbar auf jede Veräußerung überhaupt paßt. Auch kann nicht etwa die Besorgniß, daß der Mündel leicht in Schaden kommen könnte, wenn ihm gestattet würde, mit dem Vormunde Rechtsgeschäfte abzuschließen, als Grund der Unzulässigkeit solcher Vergabungen der Ehefrau an ihren Ehemann angeführt werden, da nach dem Obigen die Ehefrau allerdings mit ihrem Manne Rechtsgeschäfte eingehen kann; auch würde dann der Grund offenbar in der Vormundschaft liegen, während er doch in der fraglichen Stelle ausdrücklich in die Gewere des Mannes am Vermögen der Frau gesetzt wird. Vielmehr ist mit Kraut die Auflösung folgende. Nach einem bekannten Grundsatze des älteren teutschen Rechtes sind Veräußerungen überhaupt nur dann giltig, wenn der Veräußernde schon bei seinen Lebzeiten die Gewere des zu veräußernden Gegenstandes auf den Empfänger überträgt. Soll dieser nach der

---

1049) Von diesen blos versteht die fragliche Stelle des Sachsenspiegels v. Sydow, Erbrecht S. 248.

von Anfang an darauf gerichteten Absicht der Parteien sie erst nach dem Tode des Veräußerers erhalten, so ist dies ungiltig, weil man dadurch nicht sich selbst, sondern in der That nur seinen Erben jenen Gegenstand entziehen würde [1030]). Diesem muß offenbar der Fall gleichstehen, wenn das Verhältniß der Parteien ein solches ist, daß die Uebertragung sich erst bei dem Tode derjenigen, welche sie vornimmt, wirksam zeigen kann. Dies tritt nun gerade hier ein, weil der Ehemann nach dem Obigen schon bei Lebzeiten seiner Frau den Mitbesitz und die damit verbundene Gewere an allen Sachen derselben hat, und es ändert sich dadurch, daß sie ihm die Gewere einer ihrer Sachen überträgt, in der That nichts in dem äußeren Verhältnisse beider Ehegatten zu derselben. Daß hierin der Grund der Unzulässigkeit von Vergabungen der Frau an ihren Ehemann liege, ist klar, wenn bewegliche Sachen Gegenstand der Vergabung sind. Nicht so klar ist dies bei Vergabungen unbeweglicher Sachen. Da nämlich der Ehemann an den Grundstücken seiner Frau nicht auch die von dem Besitze unabhängige Gewere erhielt, sondern diese der Frau allein verblieb, so sollte man denken, daß sie demselben die ihr zustehende Eigensgewere durch gerichtliche Auflassung hätte übertragen und dadurch Grundstücke ihm hätte zuwenden können, und daß, wenn diese Uebertragung nicht giltig war, der Grund davon nicht in der dem Ehemanne schon vorher an dem Grundstücke zustehenden Gewere, sondern blos darin lag, daß Veräußerungen von Grundstücken nach dem Rechte des Sachsenspiegels überhaupt nicht ohne Zustimmung der nächsten Erben zulässig waren, die Veräußerung mochte geschehen, an wen sie wollte. Daß aber dennoch in der obigen Stelle des Sachsenspiegels die dem Ehemanne vermöge der ehelichen Vormundschaft an dem Gute der Frau zustehende Gewere auch als Grund, weshalb die Frau durch eine Vergabung unbeweglicher Sachen an ihn diese ihren rechten Erben nicht entziehen könne, angegeben wird, erklärt sich mit Kraut auf folgende Weise. Auch wenn die nächsten Erben in die Auflassung nicht gewilligt hatten, konnten sie die geschehene Veräußerung dann nicht anfechten, wenn der Empfänger an der aufgelassenen Sache eine rechte Gewere erlangt hatte. Zur Erlangung derselben war nach dem Rechte des Sachsenspiegels erforderlich, daß er nicht blos den factischen Besitz der Sache Jahr und Tag gehabt, sondern denselben auch auf eine Weise angetreten habe, wodurch auch Dritten klar wurde, daß er sich als Eigenthümer der Sache betrachte. Es war daher die bloße Veränderung des Grundes des Besitzes bei dem bisherigen Besitzer der Sache in Bezug auf die Erlangung der rechten Gewere daran ohne Einfluß. Hieraus folgt, daß, da der Ehemann bisher das Gut der Frau nur als ehelicher Vormund derselben besessen hatte, er nicht dadurch, daß er es nun als Eigenthümer, obschon in Folge einer gerichtlichen Auflassung, zu besitzen

1030) Saalf. Stat. aus dem 14. Jahrh. bei Walch 1,23. S. Albrecht, Gewere S. 201 flg.

anfing, denjenigen Erben der Frau, welche überhaupt die Auflassung nicht anzuerkennen brauchten, gegenüber eine rechte Eigensgewere daran erlangen konnte. Liegt nun aber der Grund des Satzes, daß die Frau keine Vergabung an ihrem Manne machen kann, lediglich in dem ihren nächsten Erben auf ihr Vermögen zustehenden Rechte, so folgt daraus, daß eine von ihr mit Zustimmung ihrer nächsten Erben gemachte Vergabung an ihren Mann als giltig zu betrachten ist. Da nun die Geltendmachung des Widerspruchsrechtes der nächsten Erben binnen Jahr und Tag erfolgen mußte, wenn sie nicht damit ausgeschlossen sein wollten, so blieb die dem Manne von der Frau auch ohne Zustimmung der nächsten Erben gemachte Vergabung dann giltig, wenn letztere sie binnen dieser Frist nicht anfochten[1051]. Natürlich war die Frist in diesem Falle erst von der Zeit des Todes der Frau an zu berechnen, da, wenn der Mann noch jetzt den Besitz der ihm gegebenen Sache behielt, offenbar war, daß dieser Besitz einen anderen Grund als die eheliche Vormundschaft haben müsse. — Ist wirklich auf die angegebene Weise der Satz zu erklären, daß die Ehefrau wegen der Gewere des Mannes an ihrem Gute ohne Zustimmung ihrer rechten Erben an ihn keine Vergabung machen könne, so folgt daraus auch, daß er ebensowenig während der Ehe ohne Einwilligung seiner Erben eine Vergabung seines Gutes an sie machen konnte, weil, wenn er seiner Frau eine seiner Sachen gab, er noch immer die aus seiner Vormundschaft über sie entstehende Gewere daran behielt, und äußerlich daher mit derselben ebensowenig eine Veränderung vorging als da, wo die Frau eine Vergabung an ihn machte. Anscheinend steht diesem zwar entgegen, daß in der Regel jeder Mann seiner Frau eine Morgengabe gab und daß die Frau diese auch bei seinem Tode behielt. Allein es wird bei genauerer Prüfung gerade dadurch jener Satz bestätigt. Denn nach dem Sachsenspiegel[1052]) darf der Mann nur die in demselben bezeichneten beweglichen Gegenstände, keine anderen, ohne Einwilligung seiner Erben seiner Frau zur Morgengabe geben, und selbst diese nicht später, als am ersten Morgen nach vollzogener Ehe. Auch beweist schon die Festsetzung eines Maximum für die Morgengabe zur Genüge, daß im allgemeinen Vergabungen des Mannes an die Frau unzulässig sind, indem jenes Maximum nur den Sinn haben kann, daß bis zu dessen Betrage die Erben des Mannes bei seinem Tode gegen die Frau den Satz nicht geltend machen dürfen, daß er ohne ihre Erlaubniß keine Gabe geben könne, das darüber hinaus Gegebene aber ihr nicht zu lassen brauchen. — Da der Grund der Unstatthaftigkeit der Vergabungen beweglicher Sachen von Seiten des einen Ehegatten an den anderen nur darin liegt, daß nach älterem Rechte der Grundsatz galt, daß die Zuwendung einer Sache ohne Erlaubniß der nächsten Erben auf den Todesfall nur dadurch möglich war, daß der

---

1051) Alt. Culm. Recht 4, 10, wo dies ausdrücklich gesagt wird.
1052) Sächs. Landr. B. 1, Art. 20, §. 1, 8.

Vergabende schon bei Lebzeiten dem Anderen eine Gewere an dem Gegenstande der Vergabung einräumte, welche der Empfänger nicht schon ohnehin hatte, und dies unter Eheleuten bei Mobilien, wegen des Mitbesitzes des Mannes an dem Vermögen seiner Frau und der damit verbundenen Gewere, nicht möglich war, so folgt hieraus, daß, als später dieser Grundsatz in Wegfall kam und Verfügungen von Todes wegen auch ohne sofortige Uebertragung der Gewere an den Bedachten, obschon die nächsten Erben nicht zugestimmt hatten, als giltig angesehen wurden, auch Ehegatten einander Vergabungen ihrer beweglichen Sachen machen konnten. Dies findet durch die späteren Quellen des sächsischen Rechtes ausdrückliche Bestätigung [1053]). Dagegen waren Vergabungen von Grundstücken unter Ehegatten nach wie vor unzulässig, weil diese nicht blos in Folge jenes Grundsatzes, sondern auch deshalb ungiltig waren, weil überhaupt Niemand Immobilien ohne Zustimmung seiner nächsten Erben, es sei an wen es wolle, veräußern durfte und letztere auch nach Aufgebung jenes Principes noch lange Zeit fortdauerte. Jenes Recht der nächsten Erben erhielt sich jedoch in späterer Zeit nur noch bei ererbten Gütern, und daher mußten die Ehegatten sich Vergabungen ihrer wohlerworbenen Grundstücke auch ohne Zustimmung ihrer Erben machen können, sobald sie nur die bei Vergabungen unbeweglicher Sachen nothwendige Form beobachteten, wozu nothwendig die gerichtliche Auflassung gehörte [1054]). — Da nach dem Obigen der Grundsatz des Sachsenspiegels, daß die Ehegatten einander keine Gabe machen können, mit der dem Manne nach diesem Rechtsbuche zustehenden Gewere an dem Gute seiner Ehefrau zusammenhängt, der Schwabenspiegel aber eine solche Gewere nicht kennt, so folgt hieraus, daß dieser entweder auch jenen Grundsatz nicht kennen kann oder daß er, wenn er ihn kennen sollte, einen anderen Grund dafür haben müßte. Es ist aber das Erstere der Fall. Dies geht schon daraus hervor, daß der Verfasser dieses Rechtsbuches an der Stelle, wo sich jener Grundsatz im Sachsenspiegel findet, davon spricht, daß die Ehegatten sich kein Erbe geben können, was sie noch nicht geerbt haben, was aber, wie er noch hinzufügt, auch bei allen anderen Personen der Fall ist [1055]). Volle Bestätigung findet dies dadurch, daß andere Stellen des Schwabenspiegels dem Manne ausdrücklich verstatten, seiner Frau von Todes wegen etwas zuzuwenden, ohne daß seine Erben widersprechen dürfen [1056]). Wenn sich nun zwar auch

---

1053) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 144, Abs. 7. Siehe auch Magdeb. Schöffenurth. ebd. S. 151, Abs. 4, 5. Alt. Culm. Recht 4, 18 u. 29.

1054) Wegen der Erbgüter vgl. Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 95, Nr. 4. S. 97, Nr. 7. (Alt. Culm. Recht 4, 10.) S. 98, Nr. 5. (Alt. Culm. Recht 4, 86.) Alt. Culm. Recht 4, 4 u. 28. Den umfassendsten Beleg für das zuletzt Gesagte sowie für das Vorhergehende liefert das Magdeb. Recht v. 1304 §. 22 (s. auch Weichb. bei Mühler §. 24 und sächs. Weichb. 61).

1055) Schwabensp. 33, Z. 4 flg. (278, 1—3).

1056) Schwabensp. 143, Z. 6—9 (289, 3, 4) u. 144, Z. 5 flg. (291, 1).

im Schwabenspiegel ein Maximum für die Morgengabe findet[1057], so darf man doch unter jenen Umständen daraus umsoweniger schließen, daß der Ehemann seiner Frau sonst nichts während der Ehe habe schenken dürfen, als jenes Maximum so genau für die verschiedenen Stände und selbst zum Theile in Gelde angegeben ist, daß die Vermuthung begründet ist, es beruhe dies auf einer ausdrücklichen Satzung, welche viele andere Gründe haben kann, als denjenigen, welcher die Ueberschreitung des Maximum nach dem Rechte des Sachsenspiegels unzulässig macht. — Seitdem endlich das Recht der nächsten Erben, die ohne ihre Zustimmung geschehene Veräußerung von Grundstücken anzufechten, nicht mehr anerkannt wurde, konnte ein Ehegatte dem anderen auch eine Vergabung seines ganzen Vermögens machen, ohne daß seine Erben sie hätten anfechten dürfen[1058].

γγ) Ausnahmen von den Beschränkungen des Veräußerungsrechtes der Frau. Die Regel, daß die Frau während der Ehe von ihrem der Herrschaft des Ehemannes unterworfenen Vermögen ohne dessen Einwilligung weder etwas veräußern, noch dasselbe mit Schulden beschweren dürfe, erleidet schon im Mittelalter mehrere, zum Theil sehr erhebliche Ausnahmen. Die erste dieser Ausnahmen tritt ein bei längerer Abwesenheit des Ehemannes, wenn derselbe nicht dafür gesorgt hat, daß die Frau während dieser Zeit gehörig leben und überhaupt den Haushalt führen kann. In diesem Falle ist nämlich die Ehefrau zur giltigen Verpfändung und durch Verkauf zu bewirkenden Veräußerung nicht blos ihrer eigenen, sowohl beweglichen als auch unbeweglichen Sachen, sondern auch selbst der Sachen ihres Ehemannes ohne dessen Einwilligung befugt, natürlich soweit dies zur Hebung der Noth erforderlich ist[1059]. In demselben Falle wird ihr ausdrücklich die Befugniß eingeräumt, des Ehemannes ausstehende Forderungen zu erheben, ohne Sicherheit für seine Zustimmung leisten zu müssen[1060]. Aus demselben Grunde, aus welchem die Ehefrau bei Abwesenheit des Mannes zu Veräußerungen im Falle der Noth berechtigt war, stand ihr ohne Zweifel, auch wenn derselbe anwesend war, aber wegen Wahnsinnes seine Rechte nicht ausüben konnte, unter derselben Voraussetzung die-

---

1057) Schwabensp. 19 (301).

1058) Beispiele hierzu finden sich im ältesten Soest. Rechte ungefähr von 1120 bei Seibertz §. 28. Augsburg. Stat. v. 1276 bei v. Freyberg S. 94, Abs. 3. (Walch S. 260, Abs. 2.)

1059) Den Nothstand hat sie aber nach manchen Rechtsquellen zu beschwören. Auch wird meistens gefordert, daß sie von der beabsichtigten Veräußerung dem Gerichte oder in den Städten dem Rathe Anzeige mache, oder auch deren Genehmigung dazu einhole. Es ergiebt dies eine Vergleichung folgender Stellen: Goslar. Stat. S. 28, Z. 40, 41. (Rechtsb. nach Distinct. I, 47, 1.) Ebd. S. 29, Z. 27 flg. (Rechtsb. nach Distinct. I, 47, 8.) Rechtsb. nach Distinct. I, 47, 9. Goslar. Stat. S. 29, Z. 45 flg. (Rechtsb. nach Distinct. I, 47, 11.)

1060) Goslar. Statuten S. 29, Z. 41—44. (Rechtsbuch nach Distinct. I, 47, 10.)

selbe Befugniß zu[1061]). Diese Grundsätze waren, wie sich aus dem in mehreren der angeführten Stellen der Rechtsquellen gemachten Zusätze, daß dies gemeines Landrecht, Kaiserrecht und Weichbild sei, ergiebt, gemeines Recht in Teutschland, wenigstens im 14. Jahrhundert, wo jene Rechtsquellen niedergeschrieben wurden[1062]). Eine zweite Ausnahme von jener Regel machen viele Rechtsquellen insofern, als sie der Ehefrau verstatten, über einen unbedeutenden Theil des Gesammtgutes auch bei Anwesenheit des Ehemannes allein für sich zu verfügen. Dieser Theil ist darin bisweilen seinem Gegenstande nach ausdrücklich angegeben[1063]) und besteht dann mitunter in Sachen, welche zum Anzuge der Frau gehören; meistens ist er aber in Gelde bestimmt[1064]). In Bezug auf durch Ankäufe der Frau gewirkte Schulden ist in einigen Statuten auch bestimmt, welche Sachen sie nur kaufen darf, wenn der Mann zur Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet sein soll; es sind dies nur Sachen, welche nothwendig zum Anzuge der Frauen gehören[1065]). Eine dritte Ausnahme tritt ein bei Handelsfrauen.

ε) Veräußerungsrecht des Ehemannes. *αα*) Ueberhaupt. Zu den Wirkungen, welche die Vormundschaft des Ehemannes über die Frau und deren Vermögen schon nach dem älteren Rechte gehabt haben soll, rechnen viele Neuere auch die Befugniß, über die fahrende Habe der Frau unbeschränkt zu verfügen[1066]), und Hasse[1067])

1061) Ein ausdrücklicher Beleg dafür findet sich in einer Lüb. Niederstadtbuchs-Inscription v. 1381 bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 44.

1062) Dies bestätigt eine Frankf. Urkunde v. 1310 bei Böhmer, Cod. diplom. p. 389, worin einer Frau, deren Ehemann lange Zeit abwesend war, von dem Schultheißen und den Schöffen verstattet wird, zum Wiederaufbau ihres abgebrannten Hauses einen Grundzins darauf zu verkaufen, „contradictione liberorum, mariti et aliorum quorumlibet non obstante." Auch in Lübeck galten dieselben Grundsätze nach den Oberstadtbuchs-Inscriptionen v. 1337, v. 1338, v. 1341 bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 43.

1063) S. z. B. bayer. Landr. bei Heumann p. 861. (bei v. Freyberg §. 122), womit die München. Stat. v. 1347 Art. Was ain fraw verkauffen mög (v. Freyberg S. 411) übereinstimmen.

1064) Görlitz. Landr. Cap. 45, §. 9. Hildesheim. Stadtr. v. 1249 (in Origin. Guelf. IV. 242.) §. 30. S. auch Hildesheim. Stat. 3 bei Pufendorf IV. 287. Handfeste von Arberg v. 1271 bei Walther, Gesch. des Bern. Stadtr. Beil. XXXI a. E. Mühlhäus. Stat. aus dem 13. Jahrh. bei Grashof p. 254. (bei Förstemann S. 30, Art. Daz ein vrowi u. s. w.) Bamberg. Raths-verordn. v. 1326 bei Zöpfl, Urk. S. 161, Nr. 96. S. auch Bamberg. Stat. aus der Mitte des 14. Jahrh. §. 241.

1065) Hamburg. Stat. v. 1270 IX, 13. S. auch Hamb. Stat. v. 1292 M. 10; v. 1497 L. 6; v. 1603 II, 8, 1. Stad. Stat. v. 1279 VI, 12. (Pufendorf I. 203.)

1066) v. Sydow, Erbrecht S. 249. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 447. Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 40. Falck, Handb. des Schlesw.-Holst. Privatr. Bd. 4, S. 415, N. 66. Runde, ehel. Güterr. S. 16. Walter, teutsches Privatr. §. 192. Beseler, teutsches Privatr. §. 139, Nr. I.

1067) Hasse, in der Zeitschr. f. gesch. RW. §. 18, S. 69 flg.

verstattet ihm dieselbe Befugniß in Bezug auf die Grundstücke der Frau dieser gegenüber. Dagegen hat sich Kraut[1068]) erklärt; er nimmt weder ein solches unbeschränktes Verfügungsrecht des Mannes über das Vermögen der Frau, selbst nicht über deren fahrende Habe an, noch betrachtet er das Verfügungsrecht desselben, soweit es ihm überhaupt zustand, als einen Ausfluß der ehelichen Vormundschaft. Was das Verfügungsrecht des Ehemannes über das Vermögen der Frau überhaupt betrifft, so ist der Unterschied zwischen der Errungenschaft und dem Vermögen, was die Frau in die Ehe gebracht oder während derselben durch Erbfolge oder Schenkung erworben hat, wichtig. Hinsichtlich der Errungenschaft kann es keinen Zweifel leiden, daß da, wo während der Ehe der Ehegatten ideale Antheile daran zustehen, der Ehemann über dieselbe frei verfügen darf. Dies ergiebt sich daraus, daß die Ehefrau oder deren Erben erst immer bei Beendigung der Ehe die Herausgabe ihres Antheiles an der Errungenschaft von dem Manne oder dessen Erben verlangen können, und daß dieser Antheil immer eine Quote dessen ist, was sich dann von der Errungenschaft noch in den Geweren des Mannes vorfindet, indem hieraus offenbar folgt, daß die Frau oder deren Erben wegen dessen, was während der Verwaltung des Gesammtgutes durch den Ehemann auf irgend eine Weise untergegangen oder sonst aus dessen Besitze gekommen ist, weiter keine Ansprüche machen können. Ebenso unzweifelhaft darf da, wo die Errungenschaft schon während der Ehe in reale Theile zerfällt, der Mann über den ihm zukommenden Antheil frei verfügen, da er ein unbeschränktes Eigenthum daran hat[1069]). Ob der Mann auch über den der Frau zustehenden Antheil an der Errungenschaft ebenso verfügen darf, ist später zu beantworten. Weit schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit der Mann das von der Frau eingebrachte oder ihr während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung zugefallene Vermögen ohne ihre Zustimmung zu veräußern das Recht habe. Es ist diesfalls zu erörtern, was die einzelnen Rechtsquellen darüber enthalten, und zwar in chronologischer Ordnung.

ββ) Erörterung des Veräußerungsrechtes des Ehemannes nach den einzelnen älteren teutschen Rechtsquellen. *ααα*) Nach den ältesten Rechtsquellen. Von diesen enthalten nur das longobardische und das alemannische Volksrecht etwas über das Veräußerungsrecht des Ehemannes. Nach dem longobardischen Rechte[1070]) sollen, wenn eine Ehefrau ihre Sachen mit Zustimmung ihres Mannes veräußern will, Käufer und Verkäufer, zwei oder drei der nächsten Verwandten der Frau Anzeige machen und in

1068) Kraut Bd. 2, S. 445 flg.
1069) Ein bestimmter Beleg dafür findet sich in dem Magdeburg. Recht v. 1304 §. 83.
1070) LL. Longob. Liutpr. 22. (44.)

deren Gegenwart kann nun die Frau erklären, daß sie zur Veräußerung von ihrem Manne gezwungen worden sei; erklärt sie dies, so ist die Veräußerung ungiltig; erklärt sie es nicht, so ist sie giltig. Wenn hiernach selbst eine von beiden Ehegatten gemeinschaftlich vorgenommene Veräußerung nicht anders giltig sein soll, als wenn die nächsten Verwandten der Frau zugezogen sind, um zu untersuchen, ob sie von dem Manne nicht auch dazu gezwungen werde, so folgt hieraus, daß diesem die Veräußerung von Sachen der Frau ohne deren Einwilligung nicht zusteht. Das Neue in dieser Stelle, was wohl eine Satzung König Liutprand's ist, liegt aber nur in der Form, wie ausgemittelt werden soll, ob der Mann die Frau nicht zur Veräußerung gezwungen habe. Der Grundsatz selbst aber, daß eine durch den Mann ihr abgezwungene Veräußerung nichtig sei, wird hier als schon bestehend vorausgesetzt und gehört daher dem alten longobard. Rechte an. Es muß dieser Grundsatz auch für alle Sachen der Frau, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen, als giltig angesehen werden. Denn einmal unterscheidet jene Stelle gar nicht zwischen Mobilien und Immobilien. Dann kennt das longobard. Recht keine Beschränkung der Veräußerungsfreiheit bei Immobilien, wenigstens nicht das Recht der nächsten Erben, die ohne ihre Einwilligung geschehene Veräußerung von Grundstücken anzufechten[1071]). Endlich giebt es auch einen bestimmten Beleg dafür, daß man auch bei der Veräußerung beweglicher Sachen die Beobachtung jener Formen für nothwendig hielt[1072]). Das alemannische Volksrecht[1073]) gesteht ausdrücklich der Frau bei dem Tode ihres Mannes, außer auf ihre gesetzliche und besonders ausbedungene Witwenversorgung, auch auf ihr Eingebrachtes ein Recht zu; jedoch soll sie auf dieses Alles nur unter der Voraussetzung Anspruch haben, daß sie es nicht verzehrt oder verkauft hat. Das Letztere ergiebt deutlich, daß auch bei den Alemannen der Mann ohne Zustimmung der Frau nichts von ihrem Vermögen veräußern durfte, denn sonst konnte nicht mit Stillschweigen übergangen werden, daß sie auch auf das von ihm allein Verkaufte keinen Anspruch weiter machen könne.

βββ) Nach dem Rechte des Sachsenspiegels. Der Sach-

1071) Dies ergiebt sowohl die in der vorigen Note angeführte Stelle, deren Verordnung gar nicht nöthig gewesen wäre, wenn die nächsten Erben ein solches Anfechtungsrecht gehabt hätten, da sie dann ja ohnehin hätten zugezogen werden müssen, als auch andere Gründe. Siehe Beseler, Erbverträge Th. 1, S. 120 flg.

1072) Dipl. Longob. a. 955. bei Lupi, Cod. dipl. civitat. Bergom. Vol. II. p. 234. Die betreffende Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 448, N. 3, welcher überhaupt weiter darüber zu vergleichen ist, namentlich rücksichtlich der Widerlegung der Behauptung von Finsler, de obligat. uxor. p. 34, daß sich die in der vorigen Note angeführte Stelle nur von Immobilien als den werthvolleren Sachen verstehen lasse, wie er aus deren Vergleichung mit LL. Liutpr. 57. (5. 4.) ableitet.

1073) L. Alem. 55. 1.

senspiegel enthält nur in Bezug auf die Gerade etwas, woraus sich die Frage, ob der Mann Sachen der Frau ohne deren Zustimmung giltig veräußern könne, unmittelbar beantworten läßt. Nachdem nämlich im sächs. Landr. B. 1, Art. 20, 21, 22, 24, §. 1—3 angegeben worden ist, welche Sachen die Ehefrau bei dem Tode ihres Mannes aus dem bis dahin ungezweiten Gute erhält und welche dessen Schwerdtmagen als Heergewette vorweg zu nehmen befugt sind, und zuletzt die zur Gerade gehörigen Stücke aufgezählt sind, schließt das Rechtsbuch mit folgenden Worten: „Swaz so boben daz benumete ding ist, daz gehoret allez zu deme erbe. §. 4. Swaz so uze stunt bie des toten mannes libe, daz lose her, ab her wil, deme ez durch recht horen sol." Ob das im §. 4 Gesagte sich auf alle vorher genannten Gegenstände bezieht, kann dahin gestellt bleiben; entschieden ergiebt der ganze Zusammenhang, daß es nicht blos auf das zuletzt genannte Erbe, sondern auch auf die zur Gerade gehörigen Sachen zu beziehen ist[1074]. Es soll also, wenn der Ehemann Sachen, welche zur Gerade gehören, versetzt hat, derjenige, welchem die Gerade bei seinem Tode zufällt, nur zur Wiedereinlösung berechtigt sein. Da hier nur schlechthin von der Verpfändung die Rede ist, ohne daß weder der Einwilligung der Frau, noch sonstiger Erfordernisse, welche die Giltigkeit der Verpfändung bedingten, dabei gedacht wird, so könnte man hieraus auf das Recht des Mannes, willkürlich Geradestücke seiner Frau zu versetzen, schließen wollen, was um so natürlicher scheint, wenn man erwägt, daß der Empfänger der Gerade auf Alles, was von Geradestücken während der Ehe erworben ist, Anspruch hat, indem es diesem vollkommen zu entsprechen scheint, daß er auf das, was von diesen Stücken während der Ehe aus dem ungezweiten Gute herausgekommen ist, keinen Anspruch mehr machen kann. Wäre dieser Schluß richtig, so würde man daraus folgern müssen, daß ebensogut wie die Verpfändung auch jede andere von dem Ehemanne mit Geradestücken vorgenommene Veräußerung von dem Empfänger der Gerade anerkannt werden müsse, und der Unterschied zwischen beiden würde nur darin bestehen, daß bei der letzteren von einer Wiedereinlösung des Veräußerten nicht die Rede sein könnte. Diese Folgerung scheint dadurch bestätigt zu werden, daß in den Goslar. Statuten[1075]) ausdrücklich gesagt wird, daß derjenige, welchem bei dem Tode des Ehemannes die Gerade zufällt, immer nur das verlangen könne, was sich von Geradestücken zu dieser Zeit in dem ungezweiten Gute vorfinde. Wenn man aber berücksichtigt, was die Glosse zum sächsischen Weichbilde über das Recht des Ehemannes zu versetzen enthält, so erscheint jener Schluß nicht in jeder Beziehung als richtig. In derselben wird nämlich ausdrücklich gesagt, daß der Mann nur im Falle der Noth Sachen, welche

1074) Dies bestätigt auch das Rechtsbuch nach Distinct. I, 17, 7 (entlehnt aus den Goslar. Stat. S. 5, Z. 38 flg.)

1075) Goslar. Stat. S. 5, Z. 1. (Rechtsb. nach Distinct. I, 9, 1.)

zur Gerade gehörten, versetzen dürfe[1076]). Auch ergiebt sich aus ihr, daß er selbst bei einer Versetzung aus Noth nur als gesetzlicher Vertreter der Frau angesehen wird. Dies zeigt sich besonders darin, daß in ihr weiter gesagt wird, daß, wenn der Mann zur Gerade gehörige Sachen veräußern wolle, seine Frau nicht bettlägerig sein dürfe[1077]), und nach dem ihr zu Grunde liegenden Rechtssystem Niemand auf dem Krankenbette Veräußerungen von Sachen, welche zum Heergewette oder zur Gerade gehören, außer im Falle der Noth, giltig unternehmen kann[1078]). Endlich ergiebt sich aus den in den vorhergegangenen Noten angeführten Stellen jener Glosse, daß den Dritten gegenüber, an welche Geradestücke versetzt sind, es gleichgiltig ist, ob der Mann im Falle der Noth versetzt hat oder nicht, indem sie die Sache immer nur gegen Bezahlung der Schuld herauszugeben brauchen. Der Unterschied zwischen einer giltigen und ungiltigen Veräußerung ist demnach nur der, daß bei der ersteren der Empfänger der Gerade das Veräußerte, wenn er es haben will, selbst einlösen muß, während bei der letzteren auf sein Verlangen der Ehemann oder dessen Erben es thun müssen. Da sich kein Grund einsehen läßt, warum, wenn der Ehemann Geradestücke völlig veräußert hatte, der Erwerber sie nicht ebensowenig wieder herauszugeben brauchte, wie er sie, wenn sie versetzt waren, unentgeltlich herausgeben mußte, so muß man hieraus schließen, daß derjenige, an welchen der Ehemann Geradestücke veräußert hat, stets durch die Veräußerung dasselbe Recht an der veräußerten Sache erhält, welches er bekommen haben würde, wenn sie der rechtmäßige Eigenthümer an ihn veräußert hätte, und daß der Unterschied zwischen der dem Ehemanne erlaubten und nicht erlaubten Veräußerung nur darauf beruht, daß bei der letzteren der Ehemann oder dessen Erbe für das Veräußerte dem Empfänger der Gerade Schadensersatz leisten muß, während er bei der ersteren hierzu nicht verpflichtet ist. Der Einwand, daß die Glosse zum sächsischen Weichbilde viel später sei, als der Sachsenspiegel, und daß man aus demjenigen, was eine so späte Rechtsquelle enthalte, nicht auf das Recht der früheren Zeit zurückschließen könne, beseitigt sich dadurch, daß, wie sich weiter unten zeigen wird, der Umfang des Veräußerungsrechtes des Mannes allmälig bis zur Einführung des römischen Rechtes immer mehr zugenommen hat, und daß man daher von den in späteren Rechtsquellen enthaltenen Beschränkungen dieses Veräußerungsrechtes einen Rückschluß auf daß ältere Recht zu machen vollkommen berechtigt ist. Endlich kann darauf, daß ausdrücklich gesagt wird, derjenige, welchem bei dem Tode des Mannes die Gerade zufällt, könne immer nur das verlangen, was sich von Gerade-

---

1076) Glosse zum sächs. Weichb. 23 (Ludovici S. 51) verb.: „Ihr sollt wissen — daß ers ohne Noth versetzet.“

1077) Glosse zum sächs. Weichb. 23 (Ludovici S. 50 flg.) verb.: „Ob ein Mann durch Nothdurfft willen — ist damit ledig, ut Landrecht lib. I. art. 24 in fin.“

1078) Goslar. Stat. S. 5, Z. 16 flg. Rechtsb. nach Distinct. I, 9, 4.

stücken zu dieser Zeit in dem ungezweiten Gute vorfinde, aus folgenden Gründen kein Gewicht gelegt werden; ein Punkt, worauf Kraut bei seiner übrigens vortrefflichen Ausführung nicht gekommen ist, obgleich dies nahe lag. Die Gerade trägt nach der eigenen Ausführung von Kraut den Charakter einer Aussteuer für Frauen; sie bestand aus solchen Sachen, welche man den Frauen in die Ehe als Aussteuer mitzugeben pflegte und der ganze Zweck des Institutes der Gerade war, den Frauenspersonen eine Aussteuer zu gewähren. Solche zur Aussteuer gegebene Sachen unterliegen aber durch den Gebrauch in der Ehe der allmäligen Abnutzung und endlich völligem Untergange. Es gilt dies sowohl von Sachen, welche die Frau zur Aussteuer mitgebracht hat, als von den während der Ehe angeschafften oder erworbenen Geradestücken, welche in Benutzung genommen worden sind. Für dasjenige, was von Geradestücken durch Benutzung in der Ehe zu Grunde gegangen war, konnte weder die Frau, welche die Aussteuer eingebracht hatte, noch deren Nifteln irgend eine Entschädigung verlangen, und hierauf allein scheint der Satz, daß die zur Gerade Berechtigten nur dasjenige von der Gerade verlangen können, was sich bei dem Tode des Mannes davon in dessen Gewerен noch vorfindet, sich zu beziehen. — Inwiefern der Mann zur Veräußerung des übrigen, von der Frau ihm zugebrachten oder während der Ehe ihr zugefallenen Vermögens berechtigt sei, darüber enthält der Sachsenspiegel nicht einmal Andeutungen. Es sind daher sehr verschiedene Ansichten darüber aufgestellt worden. Man muß hier unterscheiden zwischen der übrigen fahrenden Habe der Frau außer der Gerade und den Grundstücken derselben; letztere konnten schon wegen des Rechtes der nächsten Erben daran jener nicht gleich behandelt werden. Was die fahrende Habe außer der Gerade betrifft, so fragt es sich zuvörderst, wie es mit der Erbfolge in dieselbe nach dem Rechte des Sachsenspiegels sich verhalte, da man darüber nicht einig ist. Unzweifelhaft erbt nach dem Sachsenspiegel im Falle des Todes der Frau der überlebende Ehemann deren gesammte fahrende Habe außer der Gerade[1079]). Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob die Frau nach dem Tode des Mannes außer der Gerade auch noch die übrige fahrende Habe, welche sie entweder mit in die Ehe gebracht oder während derselben erworben hat, zurück erhalte. Namentlich verneint Albrecht[1080]) diese Frage; und wäre dies richtig, dann käme das Veräußerungsrecht des Mannes gar nicht in Frage; denn dann würde er, wie auch Albrecht annimmt, von der Zeit an, wo die fahrende Habe in seine Gewere kommt, in der That deren Eigenthümer werden, da weder er, noch seine Erben sie jemals an die Frau oder deren Erben zurück zu geben hätten. Diese Meinung widerstrebt aber, wie Kraut bemerkt, dem Rechtsgefühl, da es gewiß jedem unnatürlich erscheint, daß die Frau bei dem

---

1079) Sächs. Landr. B. 1, Art. 31, §. 1. S. auch B. 3, Art. 76, §. 2.
1080) Albrecht, Gewere S. 263.

Tode des Mannes ihr ursprünglich eigenes Vermögen an dessen, auch entferntere Verwandte herausgeben soll. Wenn dagegen eingewendet werden kann, daß die Frau dafür viele andere Vortheile aus des Mannes Vermögen erhalte, wie die Gerade, das Mustheil, die Morgengabe und die Leibzucht, so kommt dagegen in Betracht, daß die Gerade ihrer Grundlage nach aus ursprünglich eigenem Vermögen der Frau und außerdem aus ihrem Antheile an der Errungenschaft besteht, die anderen Gegenstände aber zeigen, daß das teutsche Recht auf eine gute Witwenversorgung der Frau bedacht war, was unmöglich auf eine so unnatürliche Weise geschehen sein kann, daß ihr das ihr von Anfang an gehörige Vermögen und dafür etwas von dem Vermögen des Mannes gegeben wurde. Am unnatürlichsten erscheint dies in dem Falle, wenn eine reiche Frau einen armen Mann heurathet, der ihr entweder gar keine Morgengabe und Leibzucht oder doch nur eine sehr geringe geben kann. An deutlichen positiven Beweisen für jene Meinung fehlt es durchaus. Als einen solchen führt man erstens zwar an, daß die Quellen (sächs. Landr. B. 1, Art. 20 flg.) bei einer sehr in das Einzelne gehenden Erörterung, wie die Theilung des Vermögens nach dem Tode des Mannes zwischen dessen Erben und der Witwe geschehen soll, der Zurücknahme des Mobiliars mit keiner Silbe gedenken. Bei genauerer Betrachtung jener Erörterung ergiebt sich aber, daß sie sich nur auf solche Gegenstände beschränkt, welche ursprünglich entweder ganz oder doch wenigstens zum Theile dem Manne gehörten, und wo es also Zweifeln unterworfen sein konnte, ob und wieweit sie der Frau oder den Erben des Mannes zukämen, nämlich auf die Morgengabe, die Leibzucht, das Mustheil, das Heergewette und die Gerade. Dagegen wird von den Klassen von Sachen, welche niemals Eigenthum des Mannes gewesen waren, hier gar nicht gesprochen; denn sonst konnten die Grundstücke der Frau, von welchen sie unbestritten nach wie vor Eigenthümerin blieb, nicht mit Stillschweigen übergangen werden. Der Grund davon kann nur der sein, daß man bei solchen Sachen es als selbstverständlich betrachtete, daß sie der Frau verbleiben müßten; ganz so wie hier auch nirgends ausdrücklich gesagt wird, daß die Erben die übrige Erbschaft des Mannes außer den speciell genannten Stücken (das Erbe) erhalten, sondern es am Schlusse jener Erörterung nur heißt, alles Andere, was außer jenen Stücken dem Manne noch gehört habe, bilde das Erbe, und dabei als bekannt vorausgesetzt wird, daß dieses den Erben des Mannes und nicht der Frau zufalle. Einen ferneren Beweis findet Albrecht in mehreren Stellen späterer Rechtsquellen[1081]). Dagegen ist mit Kraut zu bemerken, daß die beiden ersten der in der Note angeführten Stellen offenbar von dem Falle reden, wo die Frau eine Vergabung ihrer fahrenden Habe an den Mann gemacht hat, wie sich auch daraus

---

1081) Schöffenurth. bei Böhme VI, 99, 5. Altes Culm. Recht 4, 18. Schöffenurth. bei Böhme VI, 141, 6.

ergiebt, daß sie sich so allgemein ausdrücken, daß man annehmen muß, wenn der Mann auf die erwähnte Weise Geradestücke von seiner Frau erhalten habe, brauche er oder seine Erben auch diese nicht herauszugeben. Eine Vergabung unter Ehegatten war aber dem früher Bemerkten zufolge nach dem späteren Rechte giltig und natürlich konnte daher in diesem Falle die Frau bei dem Tode des Mannes die ihm gegebene fahrende Habe nicht beanspruchen. Jene Stellen beweisen also den Satz, den sie beweisen sollen, nicht, sondern eher das Gegentheil, daß nämlich, wenn die Frau dem Manne ihre fahrende Habe nicht gegeben hatte, sie dieselbe bei seinem Tode zurückverlangen konnte. Dies bestätigen auch andere Stellen jener in der letzten Note angeführten Rechtsquellen, indem nach diesen dem Manne auf die fahrende Habe der Frau nach deren Ableben immer nur dann ein Anspruch zusteht, wenn sie ihm dieselbe gegeben hat[1082]). Allerdings konnte es aber, nachdem einmal Vergabungen unter Ehegatten zulässig geworden waren, in einigen Gegenden bald so gewöhnlich werden, daß die Frau ihre fahrende Habe ihrem Manne gab, daß man hier später von allen, von ihr in seine Gewere gebrachten beweglichen Sachen, mit Ausnahme der Gerade, annahm, daß sie dieselbe ihm gegeben habe. So scheint mit Kraut die dritte der in der Note 1081 angeführten Stellen erklärt werden zu müssen. Aber auch hiervon abgesehen darf man schwerlich aus dem, was sie in dieser Beziehung enthalten, einen Schluß auf das Recht des Sachsenspiegels ziehen, da dieses jedenfalls in Bezug auf die über Vergabungen unter Ehegatten geltenden Grundsätze wesentlich von ihnen abweicht und dies natürlich auch leicht eine veränderte Ansicht über den Anspruch des Mannes auf die fahrende Habe der Frau zur Folge haben konnte. Der fragliche Satz läßt sich aber auch, wie Kraut weiter bemerkt hat, aus dem Sachsenspiegel widerlegen. Dieses Rechtsbuch[1083]) zählt die Gegenstände auf, welche die Frau, wenn sie von ihrem Manne geschieden wird, aus dem bis dahin ungezweiten Gute verlangen kann. In der in der Note angeführten Stelle wird der geschiedenen Frau ganz deutlich, außer auf die von ihr bestellte Leibzucht, die Gerade und das Mustheil, auch ein Recht auf ihr Eingebrachtes oder auf das, was ihr bei Eingehung der Ehe dafür gelobt ist, gegeben, und es entsteht daher nur die Frage, ob man daraus, daß die Frau dies bei der Scheidung fordern kann, auch auf ein gleiches Recht derselben bei Beendigung der Ehe durch den Tod des Mannes schließen dürfe. Die Gegenstände, welche die Frau bei der Scheidung bekommt, sind der Hauptsache nach ganz dieselben, welche sie auch bei dem Tode des Mannes erhält, mit Ausnahme der Morgengabe, auf welche zwar die Witwe, nicht aber die geschiedene Ehefrau Anspruch hat. Ein Grund dafür, wie gerade das Eingebrachte eine Ausnahme davon machen sollte, ist nicht einzusehen. Hierzu kommt

1082) Z. B. alt. Culm. Recht 4, 28 u. 29.
1083) Sächs. Landr. B. 3, Art. 74.

aber noch, daß, wenn man der Frau bei dem Tode des Mannes die Zurückforderung ihres Eingebrachten nicht zugestehen will, man auch behaupten muß, sie könne das, was der Mann ihr für das Eingebrachte gelobt hat, nicht fordern, woraus folgen würde, daß ein solches Gelöbniß nur für den Fall der Ehescheidung geschehen wäre, was bei der großen Seltenheit dieses Falles im Mittelalter kaum glaublich ist. Für das Recht der Frau, bei dem Tode des Mannes ihr Eingebrachtes zurück zu fordern, spricht ferner auch der Satz des Sachsenspiegels (B. 1, Art. 31, §. 1), daß Mann und Weib kein gezweites Gut bei ihrem Leben haben. Denn hätte die Frau jenes Recht nicht, so würde das bewegliche Vermögen der Ehegatten auch bei dem Tode eines von ihnen niemals wieder in seine ursprünglichen Bestandtheile zurückfallen und jener ganz allgemein lautende Satz nur auf die Grundstücke der Ehefrau bezogen werden können. Endlich liegt, wenn es in der angeführten Stelle jenes Rechtsbuches unmittelbar nach dem obigen Satze weiter heißt: „Stirbt abir daz wib bi ires mannes libe, sie en erbet cheine varnde habe wen gerade, und eigen, ab sie daz hat, in den nehsten", darin ein Gegensatz zu dem Vorhergehenden und diese Worte haben den Sinn, daß, obgleich man hieraus schließen könnte, daß bei Beendigung der Ehe das ungezweite Gut immer wieder in seine ursprünglichen Bestandtheile zerfalle, doch dies im Falle des Todes der Frau vor dem Manne nicht unbedingt der Fall sei, sondern sie von ihrer fahrenden Habe nur das an ihre nächsten Verwandten vererbe, was zur Gerade gehöre; wobei dann hinzu zu denken ist, daß im umgekehrten Falle, wenn die Frau den Mann überlebe, jener Satz allerdings vollständig zur Anwendung komme und mithin die Frau dann wirklich ihr eigenes bewegliches Vermögen zurückbekomme. Das bisher nach dem Vorgange von Kraut über das Recht des Sachsenspiegels Ausgeführte erhält seine volle Bestätigung durch eine Vergleichung desselben mit demjenigen, was der vermehrte Sachsenspiegel oder das Rechtsbuch nach Distinctionen in Bezug auf den fraglichen Punkt enthält. Das eine der von ihm erwähnten verschiedenen Systeme des ehelichen Güterrechtes, welches gewöhnlich kurz mit dem Namen Drittheilsrecht bezeichnet wird, weicht im wesentlichen von dem Rechte des Sachsenspiegels nur darin ab, daß die Witwe statt der Gerade, der Leibzucht, der Morgengabe und des Mustheils, welche sie nach dem Sachsenspiegel bekommt, den dritten Theil des sämmtlichen ehemännlichen Nachlasses erhält; daneben erhält sie auch ihr Eingebrachtes zurück[1084]. Hiernach muß mit Kraut behauptet werden, daß nach dem Rechte des Sachsenspiegels die Frau bei Beendigung der Ehe durch den Tod des Mannes ihre eingebrachte fahrende Habe zurückfordern dürfe[1085]. — Es fragt sich nun

1084) Rechtsb. nach Distinct. I, 5, 5 u. 6. Auch bei der Scheidung erhält die Frau neben jenem Drittheil ihr Eingebrachtes wieder; s. Göschen, Goslar. Stat. S. 278 flg.

1085) Mit Kraut stimmen darin überein v. Sydow, Erbrecht S. 248,

aber ferner, ob die Frau alles ihrem Manne Eingebrachte oder nur das, was davon bei Beendigung der Ehe noch vorhanden ist, sollte es auch der Mann allein für sich veräußert haben, verlangen kann. Schon daß es im Sachsenspiegel (B. 3, Art. 74) heißt: „man sol ir ouch wider lazen und gebn, swaz sie zu irme manne brachte," ohne daß sich auch nur eine Andeutung fände, daß das in der Zwischenzeit von ihrem Eingebrachten von dem Manne Veräußerte ihr nicht wieder gelassen und gegeben zu werden brauche, macht das Erstere wahrscheinlich. Besonders spricht aber dafür, daß der Zweck dessen, daß der Ehemann der Frau etwas an die Stelle ihres Eingebrachten gelobt, kaum ein anderer sein kann, als um freiere Verfügung darüber zu erhalten, als er sonst gehabt hätte, ganz wie bei der römischen dos venditionis gratia aestimata. Hätte er jenes ohnehin veräußern dürfen, so würde in dem Gelöbniß eine reine Liberalität von seiner Seite enthalten gewesen sein. Ein anderer Beleg dafür, daß der Mann auch bewegliche Sachen der Frau nicht ohne ihre Einwilligung veräußern dürfe, ist darin zu finden, daß in dem Magdeb. Rechte von 1304 §. 83, nachdem darin erst gesagt ist, daß der Mann das von ihm seiner Frau bestellte Leibgedinge nicht veräußern dürfe, fortgefahren wird: „Hat abir ein man Kovschatz oder varende Habe, swelcher hande sie sie, die her mit siennme Wibe erarbeitet hat, daz mac her wol bie sienme gesundem Libe geben, sweme her wil, an jemandes Widersprache." Wird es nämlich hier für nöthig erachtet, ausdrücklich zu sagen, daß der Mann die von ihm und seiner Frau gemeinschaftlich erarbeitete fahrende Habe auch ohne ihre Einwilligung zu veräußern berechtigt sei, so wird dabei stillschweigend, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt, daß er die ihr eigenthümlich gehörigen beweglichen Sachen nicht ohne ihre Zustimmung veräußern dürfe. Endlich sagen auch die Goslar. Statuten ausdrücklich, daß die Frau im Falle der Scheidung Ersatz für das von ihrem Eingebrachten in der Zwischenzeit Veräußerte zu fordern befugt sei[1086]. Wenn hiernach nach dem Rechte des Sachsenspiegels der Ehemann zur Veräußerung der von der Ehefrau eingebrachten fahrenden Habe nicht ohne deren Zustimmung für berechtigt erachtet werden darf, so muß dies umsomehr von den eingebrachten Grundstücken gelten, da deren Veräußerlichkeit überhaupt weit beschränkter war, als die von Mobilien. Einen Beweis dafür liefert allerdings der Sachsenspiegel selbst nicht; auch kann man zum Beweise nicht solche Rechtsquellen gebrauchen, welche anderen Gegenden als denen sächsischen Rechtes angehören, weil deren eheliches Güterrecht in manchen Stücken von dem des Sachsenspiegels abweicht und zu diesen Abweichungen auch der fragliche Punkt gehören könnte. Jener Beweis kann aber aus solchen Quellen, bei welchen das Recht des Sachsenspiegels zu Grunde

---

N. 774. S. 262, N. 818b. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 440, N. 20.

1086) Goslar. Stat. S. 10, Z. 32 flg.

liegt, allerdings geführt werden, namentlich aus dem Lübischen, Hamburger, Bremer und Lüneburger Stadtrechte, welche sämmtlich um so wichtiger hierfür sind, als nach ihnen, wie sich später zeigen wird, der Mann über die fahrende Habe der Frau freie Verfügung hat[1087]). Wollte man aber aus dem, was diese Quellen enthalten, keinen Schluß auf das Recht des Sachsenspiegels zulassen, so wird doch ferner der aufgestellte Satz auch durch aus jenen Gegenden, wo jenes Recht galt, herrührende Urkunden bestätigt. Es giebt unter den der Abfassung des Sachsenspiegels ziemlich gleichzeitigen oder noch älteren Urkunden erst eine große Anzahl solcher, in welchen Männer bei Veräußerungen von Grundstücken der von ihren Frauen dazu ertheilten Einwilligung ausdrücklich gedenken[1088]). Dagegen ließe sich einwenden, in den meisten dieser Urkunden sei gar nicht gesagt, daß das veräußerte Grundstück Eigenthum der Frau gewesen sei; vielmehr ließen sie schließen, daß der Mann darin nur von der Veräußerung seiner eigenen Grundstücke rede. Der Grund der Erwähnung der Einwilligung der Frau in die Veräußerung könne daher nicht ihr Eigenthum an dem veräußerten Gegenstande sein, sondern sei, wenn man die Einwilligung der Frau nicht überhaupt als eine leere Förmlichkeit ansehen wollte, in einem derselben daran zustehenden Rechte zu suchen, nämlich in der der Frau daran bestellten Leibzucht. Allein, wenn man auch zugeben will, daß die Leibzucht, obgleich sie ein schwächeres Recht ist als das Eigenthum, auch dieses keinen Schluß zulasse, weil sie sich auf ein besonderes Versprechen des Mannes stützt, und wenn man auch ferner einräumt, daß sich so die Einwilligung der Frau in vielen Fällen erklären lasse, so ist es doch mit jener Annahme unvereinbar, daß unter den vielen über von Männern vorgenommene Veräußerungen vorhandenen Urkunden sich nach Kraut's Versicherung keine findet, worin ein Mann ein Grundstück seiner Frau veräußert, ohne ihrer Mitwirkung dabei zu gedenken. Auch tritt in vielen Urkunden bei der Veräußerung eines Grundstückes der Frau diese selbst als der eigentlich veräußernde Theil auf, so daß der Mann nur seine Zustimmung dazu giebt und ihr seinen Beistand zur Vollbringung der Veräußerung angedeihen läßt, was sich kaum erklären ließe, wenn er schon für sich allein die Veräußerung giltig hätte vornehmen können. Es giebt aber auch von der Einwilligung der Frau in die Veräußerung sprechende Urkunden, welche weder auf die eine, noch auf die andere Weise erklärt werden können, sondern wo das zu veräußernde Grundstück deutlich als ein von der Frau ererbtes und dem Manne eingebrachtes bezeichnet

---

1087) Die betreffenden Stellen des Lüb. Rechtes sind später anzuführen. Von den übrigen im Texte genannten Stadtrechten gehört hierher: Hamb. Stat. v. 1270 I, 20. Brem. Schedunge v. 1343 bei Oelrichs S. 240, Nr. 182. Alt. Lüneburg. Stat. 72. (Dreyer, Nebenstunden S. 389.) Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 464, N. 18.

1088) S. Beispiele solcher Urkunden bei Kraut Bd. 2, S. 465, N. 19.

wird[1089]). Endlich würde man, auch in Ermangelung aller directen Beweise dafür, daß der Ehemann ohne Zustimmung seiner Frau ihre Grundstücke nicht veräußern dürfe, dies schon daraus folgern müssen, daß die dem Manne daran zustehende Gewere nur die mit dem Besitze verbundene, nicht aber die Eigensgewere selbst ist. Die letztere konnte daher nur die Frau selbst oder der Mann als ihr Vertreter weiter übertragen, und man sah ihn natürlicher Weise nur dann als Vertreter der Frau in dieser Beziehung an, wenn er entweder mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung oder unter Umständen, wo dieselbe vermuthet werden konnte, veräußert hatte. Die Richtigkeit der bisherigen, nach Kraut gegebenen Ausführung über das Recht des Sachsenspiegels wird dadurch bestätigt, daß selbst noch das Recht des vermehrten Sachsenspiegels damit übereinstimmt. Auch nach diesem Rechte darf der Mann Grundstücke der Frau nicht ohne ihre Einwilligung veräußern[1090]). Denn in der in der Note angeführten Stelle wird der Frau, wenn ihr Mann Erbgut oder anderes Gut, woran er oder sie Zins oder Anwartschaft haben, aufläßt oder versetzt, versteht sich ohne ihre Einwilligung, das Recht des Widerspruches dagegen binnen Jahr und Tag gegeben. Diese Stelle könnte zwar auf den ersten Blick zu viel zu beweisen scheinen, weil das der Frau nicht blos, wenn er ihr, sondern auch, wenn er sein eigenes Grundstück veräußert hat, gegebene Widerspruchsrecht auf eine so wesentliche in der Zwischenzeit vorgegangene Rechtsveränderung hindeutet, daß sich aus dem Inhalte des erwähnten Rechtsbuches in dieser Beziehung kein Rückschluß auf das ältere sächsische Recht machen zu lassen scheint. Allein, daß der Mann selbst sein eigenes Gut nicht ohne Zustimmung seiner Frau veräußern durfte, findet einfach seine Erklärung darin, daß nach dem Rechte jenes Rechtsbuches dem überlebenden Ehegatten an den Erbgütern des verstorbenen immer ohne weiteres eine Leibzucht zustand[1091]). Dies konnte aber natürlich nicht bewirken, daß der Mann auch das Gut der Frau nicht ohne ihre Zustimmung veräußern durfte, wenn er sonst das Recht dazu gehabt hätte, und man kann daher wenigstens daraus, daß er später in der Veräußerung seines eigenen Gutes beschränkter war als früher, nicht schließen, daß von seinem Rechte zur Veräußerung des Gutes seiner Frau dasselbe gelten müsse. Wenn auch hier blos von Erbgütern die Rede ist, so ist doch nicht blos bei diesen, sondern auch bei solchen Grundstücken der Frau, welche zu dem wohlgewonnenen Gute gehören, dem Manne die Veräußerung ohne Zustimmung der Frau nicht gestattet[1092]). Dagegen scheint es, als

1089) S. Beispiele solcher Urkunden bei Kraut Bd. 2, S. 467, N. 21.

1090) Rechtsb. nach Distinct. I, 30, 2 (aus den Goslar. Stat. S. 14, Z. 1—3).

1091) Rechtsb. nach Distinct. I, 47, 3. S. auch Goslar. Stat. S. 29, Z. 3, 4.

1092) Rechtsb. nach Distinct. I, 47, 6. Nach dieser Stelle muß man zur Veräußerung solcher Grundstücke von Seiten des Mannes, welche zu der eigent-

gestatte eine Stelle des vermehrten Sachsenspiegels dem Ehemanne die Veräußerung der beweglichen Sachen seiner Frau auch ohne deren Einwilligung[1093]). Wenn man nämlich das in dieser Stelle Gesagte, — daß die überlebende Ehefrau, obschon sie außer dem Drittheil, von seinem Vermögen auch ihr Eingebrachtes zurückfordern dürfe, doch für das von ihrem Gute durch ihn Veräußerte keine Wiedererstattung zu fordern berechtigt sei, — so versteht, daß es auf ihre Einwilligung oder Nichtzustimmung bei der Veräußerung gar nicht ankomme, so darf dies nach dem Obigen nicht auf ihre Grundstücke, sondern nur auf ihre Fahrniß bezogen werden. Allein diese Erklärung wird dadurch verdächtig, daß es willkürlich erscheint, das am Schlusse Gesagte blos von den Mobilien zu verstehen, da in den vorhergehenden Worten ausdrücklich auch vom Erbgute gesprochen wird. Schon dies giebt Anlaß zu der Vermuthung, daß hier nur von einer vom Manne mit Einwilligung der Frau unternommenen Veräußerung die Rede ist. Diese Vermuthung wird fast zur Gewißheit durch Vergleichung der in der letzten Note angeführten Stelle mit der entsprechenden in dem mit dem vermehrten Sachsenspiegel meistens wörtlich übereinstimmenden Eisenacher Rechtsbuche[1094]). Daß die dem hier wiedergegebenen Texte des vermehrten Sachsenspiegels eingeschalteten Worte: „mit erme willin" in dem Sinne desselben nichts ändern, sondern ihn nur deutlicher machen sollen, geht daraus hervor, daß der Verfasser dieses Rechtsbuches ausdrücklich hinzufügt, daß hierin das Eisenacher Stadtrecht mit dem Landrechte übereinstimme und der letztere Ausdruck dem sonst darin herrschenden Sprachgebrauche gemäß das in dem vermehrten Sachsenspiegel enthaltene Recht bezeichnet. Hieraus folgt aber, daß nach diesem Rechte der Mann sowenig die fahrende Habe seiner Frau, als deren Grundstücke ohne ihre Einwilligung veräußern darf[1095]). — War nun aber der Ehemann nach dem Rechte des Sachsenspiegels weder bewegliche, noch unbeweg-

---

lichen ehelichen Errungenschaft gehören, die Einwilligung der Frau für nothwendig halten. So auffällig dies ist, wenn man bedenkt, daß, wie früher bemerkt wurde, nach sächsischem Rechte die ganze unbewegliche Errungenschaft dem Manne gehört, so verschwindet dieses Auffällige durch Vergleich mit dem angeführten Rechtsbuche I, 47, 4. Nach letzterer Stelle hat die überlebende Ehefrau immer ein Erbrecht an der unbeweglichen Errungenschaft, und dies ist ohne Zweifel der Grund, warum der Mann auch diese nicht ohne ihre Zustimmung veräußern darf.

1093) Rechtsb. nach Distinct. I, 5, 5.

1094) Eisenach. Rechtsb. I, 23. Dort lautet der Schluß so: „Were abir der frowen gutes icht vorkoifft by des mannis lebinbin libe mit erme willin, da er had — di frowe — keyne irstatung an. Dit ist stadtrecht und lantrecht."

1095) Gegen die Ansicht der Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung (z. B. Finsler, de obligatione uxoris p. 21. not. 5.), welche sich auch noch auf das Magdeburg.-Görlitz. Recht v. 1304 Art. 130 (131) und auf Magdeburg. Schöffenurth. bei Böhme 6, 113, Nr. 5 berufen, siehe die Ausführung von Kraut §. 92, N. 24, Bd. 2, S. 471 flg.

liche Sachen seiner Frau zu veräußern berechtigt, so fragt es sich noch, welche Folgen eine ohne ihre Einwilligung vorgenommene Veräußerung hatte. Der Sachsenspiegel selbst enthält unmittelbar nichts zur Beantwortung dieser Frage, wohl aber die späteren sächsischen Rechtsquellen. Aus diesen geht aber hervor, daß nach dem damaligen sächsischen Rechte die Frau die von ihrem Manne ohne ihre Einwilligung veräußerten Sachen von dem Inhaber nicht zurückfordern durfte, sondern daß sie nur einen Anspruch auf Entschädigung für das Veräußerte hatte, der erst nach dem Tode des Mannes, also gegen dessen Erben von ihr geltend gemacht werden konnte. Wenn nämlich im Rechtsbuche nach Distinctionen und im Eisenacher Rechtsbuche[1096]) der Frau, wenn der Mann eine ihrer Sachen mit ihrer Zustimmung veräußert hat, das Recht versagt wird, bei seinem Tode Erstattung dafür aus seinem Nachlasse zu verlangen, so folgt hieraus, daß die Verfasser der fraglichen Stelle voraussetzen, daß von einem Rückforderungsrechte der Frau nie die Rede sein könne, auch nicht bei einer ohne ihre Zustimmung veräußerten Sache, sondern nur von einem Anspruche auf Ersatz. Eine gleiche Behandlung der Sache nach dem sächsischen Rechte schon zur Zeit des Sachsenspiegels läßt sich nur in Bezug auf die beweglichen, nicht aber hinsichtlich der unbeweglichen Sachen behaupten. Die beweglichen Sachen konnten, wenn sie von dem Ehemanne veräußert waren, schon deshalb von der Frau nicht zurückgefordert werden, weil er auf rechtmäßige Weise die Gewere an ihnen erlangt hatte, und weil, wenn Jemand, bei dem dies der Fall war, die Sache veräußerte, dem vindicirenden Eigenthümer die Regel „Hand muß Hand wahren", entgegenstand[1097]). Sowie aber der Eigenthümer von dem Inhaber der Gewere an seiner Sache, welcher diese unrechtmäßiger Weise veräußert hatte, Schadenersatz fordern durfte, so fehlt es an allem Grunde, der Ehefrau nicht auch dasselbe Recht gegen ihren Ehemann unter gleicher Voraussetzung zuzugestehen. Diesen Anspruch auf Entschädigung konnte sie aber erst nach seinem Tode geltend machen. Denn starb sie vor ihm, so erbte er nach sächsischem Rechte ihr bewegliches Vermögen außer der Gerade; es entschied sich also erst bei seinem Ableben vor der Ehefrau, ob sie oder ihre Erben dasselbe überhaupt jemals zurückerhalten würden. Auch würde die Frau zur Klage gegen ihn eines Vormundes bedurft haben, der natürlich der Ehemann selbst nicht sein konnte. Da aber außer dem Ehemanne kein rechter oder gesetzlicher Vormund existirte und Ehefrauen sich ohne Einwilligung ihres Ehemannes auch keinen Vormund wählen durften[1098]), so hätte der Vormund nothwendig ein von Seiten des Gerichtes bestellter sein müssen. Nun heißt es aber im Sachsenspiegel ausdrücklich,

---

1096) Vgl. die in den Noten 1093, 1094 angeführten Stellen.

1097) Dies nehmen an Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 487. Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten §. 7, N. 50. Kraut Bd. 2, S. 473.

1098) Vgl. diese Abtheilung sub A. BB. nr. 2. und Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 97, Nr. 6.

daß nur, wenn Jungfrauen oder Witwen gegen ihren Vormund klagen, ihnen ein Vormund von Gerichts wegen bestellt werden könne, daß dagegen Ehefrauen nur dann ein solcher zu bestellen sei, wenn ihnen ihr Ehemann Eigen zur Leibzucht oder als Ersatz für ein veräußertes Leibzuchtsgut geben wolle[1099]). Die Ehefrau hätte daher, wenn sie auch schon bei Lebzeiten des Ehemannes ein Klagrecht gehabt hätte, doch dieses nicht haben geltend machen können. An den unbeweglichen Sachen der Ehefrau konnte nach dem früher Bemerkten der Ehemann schon deshalb nur die mit dem Besitze verbundene Gewere, nicht aber die der Frau an der Sache zustehende Eigensgewere ohne ihre Einwilligung an einen Anderen übertragen, weil er selbst nur eine Gewere der ersteren Art an ihnen hatte. Die Frau hatte daher auch nach der Uebertragung noch immer die Eigensgewere an ihnen, und kraft derselben das Vindicationsrecht, da bei unbeweglichen nicht die Regel: „Hand muß Hand wahren" galt. Sie konnte aber dieses Vindicationsrecht bei Lebzeiten des Ehemannes nicht geltend machen. Denn erstens konnte der Mann, da er während der Ehe den Besitz und den Fruchtgenuß an den Immobilien seiner Frau hatte, auch beides für die Dauer der Ehe an Andere ohne ihre Zustimmung giltig übertragen. Dann aber hätte es ihr auch aus den vorher bei den beweglichen Sachen angegebenen Gründen an einem Vormunde gefehlt, mit welchen sie das Vindicationsrecht hätte geltend machen können. Denn spricht gleich die in der letzten Note angeführte Stelle des Sachsenspiegels zunächst nur von dem Falle, wo einer Frauensperson, wenn sie ihrem rechten Vormunde gegenüber eines anderen Vormundes bedarf, ein solcher vom Gericht bestellt werden kann, so ergiebt doch der ganze Zusammenhang derselben, daß sie die Fälle, in welchen nach ihr eine Ehefrau ein Vormund vom Gericht bestellt werden kann, überhaupt als die einzigen betrachtet, wo es der Einwilligung des Ehemannes nicht dazu bedarf, und man muß mithin hieraus schließen, daß auch behufs der Klagerhebung gegen Dritte ihr ohne Einwilligung des Ehemannes kein Vormund vom Gericht bestellt werden darf. Hiernach ist kein Grund ersichtlich, warum die Frau nicht nach dem Tode ihres Mannes ihre von ihm unrechtmäßiger Weise veräußerten Grundstücke hätte vindiciren können, und ihr nur ein Anspruch auf Entschädigung gegen seine Erben zugestanden hätte, welcher ihr noch dazu in den meisten Fällen wenig geholfen haben würde, da die Erben nur mit der auf sie vererbten fahrenden Habe für die Handlungen ihres Erblassers hafteten und diese gewiß selten zur Ersatzleistung für die veräußerten Immobilien der Frau hinreichte. Das der Ehefrau fortwährend an den von dem Ehemanne an Andere übertragenen unbeweglichen Sachen zustehende Vindicationsrecht, wenn sie es gleich erst nach dem Tode des Mannes auszuüben vermochte, konnten, im Falle ihres Ablebens vor ihrem Manne, nach ihrem Tode ohne Zweifel auch

1099) Sächs. Landr. B. 1, Art. 44.

ihre Erben geltend machen. Eine andere Frage ist es aber, ob diese nicht auch schon vor ihrem Tode vindiciren konnten. Hierbei kam es darauf an, ob das vom Ehemanne an Dritte übertragene Recht ein erbliches war oder nicht. Im ersten Falle konnten sie gleich nach der Uebertragung vindiciren, da sie dies selbst in dem Falle thun durften, wenn der wahre Eigenthümer veräußert hätte; im zweiten Falle hingegen mußten sie dem Besitzer bis zu dem Tode der Frau die Sache lassen, weil der Ehemann hier nicht mehrere Rechte übertragen hatte, als ihm bis zu dem Tode der Frau an der Sache wirklich zustanden. — Ist nun aber der Ehemann nach dem Rechte des Sachsenspiegels zur Veräußerung beweglicher Sachen seiner Ehefrau nicht befugt, ohne daß sie, im Falle seines Ablebens vor ihr, aus seinem Vermögen Ersatz für das Veräußerte verlangen könnte, und steht ihr und ihren Erben, wenn der Ehemann ihr gehörige unbewegliche Sachen veräußert hat, selbst ein Rückforderungsrecht derselben zu, so fragt es sich noch, ob dies auch von der Veräußerung durch den Ehemann im Nothfalle gilt. Der Sachsenspiegel enthält keine Spur einer für diesen Fall gemachten Ausnahme. Auch hat man keinen Grund zu der Annahme, daß eine solche Ausnahme, wenngleich in dem Sachsenspiegel nicht erwähnt, doch nach dem Rechtssysteme desselben gegolten habe. Denn erstens kennt dieses auch bei dem Rechte der nächsten Erben, die ohne ihre Zustimmung geschehene Veräußerung von Grundstücken anzufechten, nicht, wie andere Rechte, eine Beschränkung desselben in dem Falle, wenn der Erblasser sich in Noth befindet[1100]). Ferner war diese Beschränkung ursprünglich auch nur die, daß die Sache frei veräußert werden durfte, wenn die Erben nicht den von einem Dritten dafür gebotenen Kaufpreis geben wollten. Bei Ehegatten war aber ein solches Verfahren gar nicht möglich, weil nach dem früher Bemerkten keiner von dem anderen etwas kaufen konnte. Auch wird selbst noch in einer späteren, auf das Recht des Sachsenspiegels gebauten Rechtsquelle ausdrücklich zu einer Veräußerung der Grundstücke der Ehefrau, welche der Mann aus Noth vornehmen will, ihre Einwilligung gefordert[1101]), was um so wichtiger ist, als später in den Gegenden des sächsischen Rechtes die Veräußerungsbefugniß des Ehemannes immer freier wurde. Bei dem innigen Verhältnisse der Ehegatten, wo der eine durch die Noth des anderen leidet, ist aber kaum denkbar, daß die Frau im Falle gewonnener Ueberzeugung von dem Nothstande des Mannes ihre Einwilligung zur Veräußerung nicht ertheilt haben sollte. Dies konnte aber nur bei Veräußerung von Immobilien der Frau in Betracht kommen. Denn da bei Mobilien derselben auch eine nicht aus Noth vom Manne vorgenommene Veräußerung immer giltig und die Frau nur bei des Mannes Tode Ersatz für das Veräußerte zu for-

---

1100) S. v. Sydow, Erbrecht S. 223. Vgl. auch den Artikel Vorkaufsrecht und Retract.

1101) Alt. Lüneburg. Stat. 72. (Dreyer, Nebenstunden S. 389.)

dern berechtigt war, so kam es bei ihnen immer nur darauf an, ob aus dem bis zu seinem Tode von ihm etwa noch erworbenen Vermögen ihr Ersatz geleistet werden konnte. Von dem Rechtssysteme des Sachsenspiegels weicht hierin das spätere, in den Goslar. Statuten und in dem vermehrten Sachsenspiegel enthaltene sächsische Recht wesentlich ab. Zwar sagen auch diese Rechtsquellen nicht ausdrücklich, wie es mit dem Veräußerungsrechte des Ehemannes im Falle der Noth stehe. Allein sie gestatten nach dem früher Bemerkten der Frau, wenn sie im Falle der Abwesenheit des Mannes sich in Noth befindet, nicht blos von ihrem, sondern auch von seinem Vermögen zu veräußern. Ohne Zweifel hat dem Manne im Nothfalle dasselbe Recht in Bezug auf das Vermögen der Frau zugestanden.

γγγ) Nach dem Rechte des Schwabenspiegels. Da nach dem Rechte des Sachsenspiegels der Mann, obschon er die Gewere am Vermögen der Frau hat, ohne ihre Einwilligung nichts davon veräußern darf, so kann man schon hieraus schließen, daß er nach dem Rechte des Schwabenspiegels, nach welchem ihm nicht einmal eine solche Gewere zusteht, noch viel weniger dazu berechtigt sei. Es giebt aber auch dafür ein ausdrückliches Zeugniß im Schwabenspiegel[1102]). In der in der Note angeführten Stelle wird als Regel ausgesprochen, daß der Mann von dem Vermögen der Frau nichts ohne ihre Einwilligung veräußern dürfe, und wegen der Ausnahmen auf das, was hiervon im Buche vorher gesagt sei, verwiesen. Jene Regel findet auch Bestätigung durch eine Menge aus Gegenden des schwäbischen Rechtes herrührenden Urkunden, in welchen der Ehemann entweder Veräußerungen mit Einwilligung seiner Ehefrau vornimmt oder beide gemeinschaftlich veräußern, oder auch die Frau als eigentlich veräußernder Theil auftritt und ihr Ehemann dann entweder als ehelicher Vormund seine Zustimmung dazu ertheilt oder auch mit seiner Hilfe die Veräußerung von ihr vollzogen wird[1103]). Zur Vermeidung jedes Scheines von Zwang von Seiten des Mannes wurde bisweilen auch ein besonderer Vormund für die Frau bestellt, durch dessen Hand sie dann mit Einwilligung des Mannes die Veräußerung vornahm; bisweilen hielt man die Bestellung eines solchen selbst für ein nothwendiges Erforderniß[1104]). Was die Ausnahmen von der Regel, daß der Ehemann nichts von dem Vermögen der Frau ohne ihre Einwilligung veräußern darf, welche nach der obigen Stelle des Schwabenspiegels schon früher in demselben erwähnt sein sollen, anlangt, so sind hiermit wohl nur zwei Stellen gemeint[1105]).

1102) Schwabensp. (W.) 33, Z. 2 flg. (277, 2): „Ein wip mac ir guot nit hin gegeben an ires mannes willen, noch ein man ane sines wibes willen, wen als daz buoch hie vorne sait.“

1103) Belege dafür geben die von Kraut §. 93, N. 2, 3, 4, Bd. 2, S. 478, 479 angeführten Urkunden.

1104) Beispiele enthalten die von Kraut a. a. O. N. 5, 6, S. 479, 480 angeführten Urkunden.

1105) Schwabensp. 23 (303) §. 1, 2. Schwabensp. 10, Z. 7 flg. (263, §. 1).

Nach der ersten der in der Note angeführten Stellen (Schwabensp. 23, §. 1, 2) soll der Ehemann, wenn er seiner Frau Gut zur Heimsteuer gegeben hat, dieses nicht eher veräußern können, als wenn es ihm an eigenem Vermögen fehlt, und auch dann nur aus Noth. Ebenso soll er auch, wenn sie ihm solches Gut giebt, das seinige eher veräußern als das ihrige. Der Sinn dieser Worte ist nicht ganz deutlich. Zuerst fragt es sich, was unter dem von dem Manne seiner Frau zur Heimsteuer gegebenen Gute zu verstehen sei. Bluntschli[1106]) versteht darunter dasjenige Vermögen des Mannes, welches in Folge ausdrücklichen Versprechens desselben dazu bestimmt sei, der Frau für die Erhaltung ihrer Heimsteuer in der Art Sicherheit zu leisten, daß es in Beziehung auf seine Dispositionsfähigkeit, auch soweit es in beweglichen Sachen bestehe, den Charakter eines der Frau gehörigen Grundstückes annehme. Zu dieser Auslegung ist er dadurch veranlaßt, daß nach seiner Ansicht diese Stelle sonst mit dem Schwabenspiegel Cap. 10, Z. 7 flg. kaum vereinbar sein würde. Eine Unterstützung dafür findet er darin, daß nach den Züricher Rechtsquellen des Mittelalters das fahrende Gut der Frau von dem Manne „zu Eigen und Erbe" gesetzt, d. h. ihm dasselbe Recht daran beigelegt werden kann, welches ihre Grundstücke haben. Diese Erklärung wird aber, wie Kraut ausgeführt hat, nicht nur durch die Worte derselben nicht unterstützt, sondern sie steht auch mit dem erwähnten Capitel 10 im Widerspruche. Nach demselben kann nämlich der Mann die Grundstücke seiner Frau, auch wenn er in Noth ist, nur mit ihrer und ihrer Erben Zustimmung veräußern, während man nach der ersten Stelle keinen Grund zu der Annahme hat, daß er, wenn er aus Noth oder aus Mangel eigenen Vermögens das der Frau zur Heimsteuer gegebene Gut veräußern will, er dazu ihrer oder ihrer Erben Einwillung bedurft habe. Es stand ihm daher in Bezug auf dieses Gut ein freieres Veräußerungsrecht zu, als in Ansehung der ihm von der Frau eingebrachten Grundstücke. Vielmehr ist wohl mit Kraut unter der Heimsteuer die sog. Widerlage oder das Gegenvermächtniß zu verstehen, welches der Ehefrau nicht zur Sicherheit für ihr Eingebrachtes ausgesetzt wird, sondern welches sie bei dem früheren Tode des Mannes, wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind, noch neben ihrem Eingebrachten wieder zurück erhält. So entspricht dasselbe auch völlig der von der Frau dem Manne gegebenen Heimsteuer, worunter dasjenige bewegliche oder unbewegliche Vermögen verstanden wird, welches die Frau dem Manne zu dem Zwecke giebt, daß es ihm, wenn sie vor ihm ohne Hinterlassung von Kindern aus dieser Ehe mit Tode abgeht, stets bleiben soll[1107]). Stirbt er aber vor ihr, so erhält sie ihre Heimsteuer immer

---

1106) Zürich. Rechtsgesch. Th. 1, S. 284 flg.

1107) Der Schwabenspiegel selbst ergiebt nichts Näheres über die Heimsteuer, wohl aber das alte bayer. Landrecht, welches, als im wesentlichen auf demselben Rechtssystem beruhend, wohl zur Ergänzung jenes Rechtsbuches ge-

wieder zurück, wie auch im umgekehrten Falle der Mann seine Widerlage, es mögen Kinder aus der Ehe da sein oder nicht[1108]). Der Sinn des §. 1 des Cap. 23 des Schwabenspiegels ist also: der Mann soll das seiner Frau zur Widerlage gegebene Gut nicht mehr wie sein eigenes behandeln, sondern es erst dann angreifen, wenn er in Noth ist und kein anderes Vermögen besitzt, um sich aus derselben zu befreien. Den §. 2 anlangend, so ist unter dem „so getan guat", von welchem darin die Rede ist, nicht alles von der Frau dem Manne zugebrachte Vermögen, sondern nur die eigentliche Heimsteuer, welche sie ihm giebt, zu verstehen, da dies die Worte: „so getan" deutlich anzeigen. Der Inhalt des §. 2 ist also: der Mann darf auch die Heimsteuer der Frau erst veräußern, wenn er kein eigenes Vermögen mehr besitzt, und dann natürlich auch nur unter der im §. 1 angegebenen Voraussetzung, nämlich wenn er in Noth ist. Da, wenn es auch in diesem Falle zur Veräußerung der zur Heimsteuer gehörigen Immobilien der Einwilligung der Frau bedurft hätte, der Satz, daß er sie erst in Ermangelung eigenen Vermögens angreifen dürfe, keinen Sinn haben würde, so muß man annehmen, daß er auch diese im Falle der Noth ohne Zustimmung seiner Frau veräußern durfte, ebenso wie die, welche er seiner Frau zur Widerlage gegeben hatte[1109]). So denkbar es wäre, daß der Mann, wenn er auch zur Veräußerung von Grundstücken, welche entweder zur Widerlage oder zu der ihm gegebenen Heimsteuer gehören, im Falle der Noth der Einwilligung der Frau nicht bedurfte, doch noch immer an die Einwilligung seiner oder bezüglich ihrer nächsten Erben gebunden gewesen wäre, da ohne diese überhaupt Immobilien nicht veräußert werden konnten, so war dies doch nicht der Fall. Denn, wenn es in dem angeführten §. 1 heißt: „Twinget in aber ehaft not, er wirt ez wol ane mit rehte", und in dem Cap. 109 des alten bayer. Landrechtes gesagt wird, daß, wenn der Mann aus Noth und im Mangel eigenen Vermögens die Heimsteuer seiner Frau veräußern wolle und er dies durch seinen Eid beweisen könne, er sie wohl „an werden", d. h. veräußern möge, so muß man hieraus auf die Entbehrlichkeit der Einwilligung der Erben schließen. Man könnte dies daraus erklären wollen, daß die nächsten Erben, wenn sie der Noth nicht abhelfen wollten, überhaupt die Veräußerung nicht anfechten durften. Sie konnten aber doch immer das vorherige Anbieten des zu veräußernden Gegenstandes verlangen. Ein anderer Grund, aus welchem man auf die Entbehrlichkeit ihrer Einwilligung schließen muß, ist folgender. Da der überlebende Ehegatte bei kinderloser Ehe immer auch die von dem anderen ihm zur Heimsteuer gegebenen Immobilien als sein Eigenthum behielt, so konnte eine Be-

---

braucht werden kann. Hierher gehört altes bayer. Landrecht (bei v. Freyberg) 107.

1108) Alt. bayer. Landr. Cap. 110.

1109) Diese von Kraut gegebene Auslegung wird auch bestätigt durch altes bayer. Landr. Cap. 108.

stellung von Grundstücken zur Heimsteuer ohne Zweifel nur mit Einwilligung der nächsten Erben des Bestellers geschehen. Hatten diese aber ihre Einwilligung ertheilt, so hatten sie damit auch auf ihr Widerspruchsrecht gegen Veräußerungen, welche die Ehegatten damit vornahmen, im voraus verzichtet. — Die andere Stelle des Schwabenspiegels, welche eine Ausnahme von der Regel enthält, daß der Ehemann nichts von dem Vermögen der Frau ohne deren Zustimmung veräußern dürfe, ist Cap. 10 (§. 1—5) Z. 7 flg. Diese Stelle spricht nur von dem Rechte des Mannes, die Sachen seiner Frau zu veräußern, wenn er verschuldet ist und zur Bezahlung der Schulden kein Vermögen hat, also wenn er sich in Noth befindet, und sie unterscheidet dabei zwischen den Mobilien und Immobilien der Frau. Auch zeigt die Vergleichung der §§. 1 und 3, daß die in §. 1 erwähnte Veräußerung der Mobilien in dem angegebenen Falle nicht an die Einwilligung der Frau gebunden ist, wohl aber die Veräußerung der Immobilien in gleichem Falle nach §. 3. Dagegen bleibt es hinsichtlich der §§. 4 und 5 nach dem Inhalte dieses Artikels zweifelhaft, ob das in ihnen Enthaltene auf das, was in §. 3 hinsichtlich der Veräußerung von Immobilien der Frau gesagt ist oder auf das in §. 1 über die Veräußerung ihrer Mobilien Gesagte zu beziehen sei[1110]). Auf die richtige Erklärung führt die Vergleichung des im Schwabenspiegel sich findenden Erbrechtes der Frau. Dieses ist verschieden, je nachdem bei dem Ableben des Mannes Kinder aus der Ehe vorhanden sind oder nicht. Im letzteren Falle erhält nämlich die Frau aus dem bis dahin ungezweiten Gute nicht nur ihre Heimsteuer und das von dem Manne ihr etwa aus seinem Gute Ausgesetzte, wie Morgengabe, Widerlage und Leibgedinge, sondern auch ihr ursprüngliches Vermögen wieder zurück. Bei beerbter Ehe hingegen nimmt sie zwar ihre Grundstücke aus dem bis dahin ungezweiten Gute heraus, erhält aber ihre fahrende Habe, soweit sie nicht zur Morgengabe und zur Heimsteuer gehört, niemals als solche zurück, sondern hat immer nur Anspruch auf die Hälfte der gesammten Fahrniß, welche sich in den Händen des Mannes befunden hat, und die andere Hälfte fällt den Kindern zu, ohne die geringste Rücksicht darauf, was ursprüngliches Vermögen der Frau war und wie viel es betrug[1111]). Nun muß aber stets, wenn das Vermögen der Ehegatten oder ein Theil desselben bei dem Ableben des einen von ihnen nicht wieder auseinander fällt, d. h. nicht mehr zwischen dem ursprünglichen Vermögen des einen oder anderen Ehegatten unterschieden, sondern das Vermögen beider als Eine Vermögensmasse betrachtet und als solche zwischen dem überlebenden und den Erben des verstorbenen Ehegatten vertheilt wird, dem Ehemanne während der Ehe nothwendig ein freies Veräußerungsrecht zustehen, d. h. er ist bei der Ver-

---

1110) Ueber diese und andere Zweifel s. Kraut Bd. 2, S. 485—487.

111) Dies ergiebt sich aus einer Vergleichung folgender Stellen: Schwabenspiegel Cap. 8, 127 u. 143. S. Kraut §. 93, N. 17, Bd. 2, S. 488 flg.

äußerung von irgend einem zu dem Vermögen, bei welchem nach seinem Tode eine solche Theilung eintritt, gehörigen Gegenstande weder an die Zustimmung der Ehefrau, noch an die der mit ihr theilenden Erben gebunden. Denn da, wo keiner der Theilenden ein Recht auf bestimmte Sachen hat, kann auch natürlich keiner von ihnen ein Rückforderungsrecht in Bezug auf die veräußerten Gegenstände haben und ebensowenig einen Anspruch auf Entschädigung wegen derselben, welche doch immer nur wieder aus der zu vertheilenden Gesammtmasse genommen werden könnte. Es kann also der Natur der Sache nach nur das getheilt werden, was bei dem Tode des Ehemannes wirklich vorhanden ist. Eine Folge des Obigen ist, daß diese freie Veräußerungsbefugniß des Ehemannes auch nur so lange dauern kann, als die Kinder am Leben sind [1112]). Denn im Falle ihres Ablebens vor den Eltern tritt dasselbe Erbrecht ein, was eintreten würde, wenn sie nie geboren worden wären. Geht man hiervon aus, so haben die Worte des §. 5: „Gewinnet si aber erben sampt, die wile die lebent, so wird er daz wol ane, daz si im gap" nach dem Zusammenhange zwar zunächst den Sinn, daß, obschon der Ehemann sonst, auch bei Veräußerung der Mobilien seiner Frau aus Noth, an die Einwilligung ihrer Erben gebunden ist, dies doch nicht von solchen Erben gilt, die er selbst mit ihr erzeugt hat. Zugleich liegt aber auch darin, daß er, sobald Kinder aus der Ehe und solange diese vorhanden sind, auch außer dem Falle der Noth, die Mobilien seiner Frau veräußern darf, ohne dabei weder ihrer Einwilligung, noch der der Kinder, also ihrer Erben, zu bedürfen. Auch ist die Veräußerung des Vermögens der Frau dann nicht an die Beschränkung gebunden, daß er selbst kein eigenes Vermögen hat [1113]). Dies Alles gilt aber nicht von der Veräußerung der von der Frau eingebrachten Heimsteuer, da sie dieselbe nach dem früher Bemerkten auch bei dem Dasein von Kindern aus der Ehe im voraus bekommt; hinsichtlich dieser bleibt es bei der Regel, daß der Mann sie nur aus Noth und im Mangel eigenen Vermögens, dann aber auch ohne Zustimmung der Frau und der Kinder veräußern darf. Das Resultat des Bisherigen ist also: Nach dem Rechte des Schwabenspiegels darf der Mann in der Regel nichts von dem Vermögen seiner Frau, seien es bewegliche oder unbewegliche Sachen, ohne ihre Einwilligung veräußern. Folgendes sind die Ausnahmen dieser Regel: 1) wenn er sich in Noth befindet, welchenfalls er ihrer Einwilligung nicht bedarf zur Veräußerung a) ihrer beweglichen Sachen überhaupt, und b) auch nicht ihrer unbeweglichen Sachen, soweit sie zur Heimsteuer gehören; 2) wenn Kinder aus der Ehe am Leben sind, welchenfalls er die Mobilien der Frau auch ohne ihre Zustimmung und,

1112) Dies beweisen die Worte: „die wile die lebent" in dem fraglichen §. 5 des Schwabenspiegels und die Worte: „die weil die erben lebendig sint" im §. 175 des Rechtsbuches Ruprecht's von Freysingen.

1113) Rechtsb. Ruprecht's von Freysingen §. 175 abgedruckt bei Kraut §. 93, N. 20, Bd. 2, S. 490.

ohne sich in Noth zu befinden, veräußern darf, während es hinsichtlich der Immobilien bei der allgemeinen Regel bleibt. — Was die Frage nach den Folgen betrifft, welche eine vom Ehemanne ohne Zustimmung der Frau vorgenommene Veräußerung ihres Vermögens, wo er dieser Zustimmung bedurft hätte, nach dem Rechte des Schwabenspiegels hatte, so wird diese in dem Cap. 23 (§. 3, 4, 5) jenes Rechtsbuches beantwortet. Spricht gleich der §. 3 ganz allgemein von Gut, welches die Frau ihrem Manne zubringt, so kann es doch nach den beiden vorhergegangenen Paragraphen dieses Capitels und nach dessen Ueberschrift: „Von vrowen heimstiur“ nicht zweifelhaft sein, daß der Inhalt dieser Stelle wenigstens zunächst nur auf die von der Frau dem Manne gegebene Heimsteuer zu beziehen ist. Der Inhalt des §. 4 ist zwar auf den ersten Blick nicht ganz deutlich. Aus den von Kraut[1114]) angeführten Gründen, wegen welcher man auf dessen Ausführung verweist, ergiebt sich aber, daß der Sinn folgender ist: Wenn der Mann etwas von der von seiner Frau ihm zugebrachten Heimsteuer, außer im Falle der Noth oder auch im Falle der Noth, aber wenn er noch eigenes Vermögen besitzt, veräußert, so darf sie nach seinem Tode das Veräußerte nebst Ersatz für die inzwischen davon gezogenen Früchte (swaz daz guot vergolten hat) zurückfordern, sobald sie selbdritt beweisen kann, daß die Veräußerung ohne ihre Zustimmung geschehen sei. Ersatz für die Früchte kann sie aber dann nicht fordern, wenn der Beklagte schwört, daß er die Sache bona fide erworben habe, d. h. ohne zu wissen, daß sie der Frau gehöre. Anders steht es bei der Freilassung von Leibeigenen, welche die Frau zur Heimsteuer gegeben hat, durch den Ehemann ohne Zustimmung der Frau; sie braucht nämlich mit der Zurückforderung derselben in die Leibeigenschaft nicht, wie mit der Zurückforderung veräußerter Sachen, bis zum Tode des Mannes zu warten, sondern kann sie schon bei seinem Leben vornehmen[1115]). Da jene beiden Stellen sich nur auf die Veräußerung von Sachen beziehen, welche zur Heimsteuer der Frau gehören, der Schwabenspiegel sonst aber keine Stelle enthält, welche sich über die Folgen einer unerlaubten Veräußerung anderer Vermögensstücke der Frau durch den Ehemann ausspräche, so fragt es sich, ob das in jenen beiden Stellen Gesagte nicht auch auf letzteren Fall anwendbar sei. Für die Bejahung dieser Frage spricht schon der Mangel irgend eines Grundes für die ungleiche Behandlung beider Fälle. Dann rechtfertigt der in §. 5 angegebene Grund, aus welchem der Frau das Rückforderungsrecht ihrer veräußerten Heimsteuer-Sachen zu verstatten sei, nämlich, weil die Weiber nicht so um Gut arbeiten könnten, wie die Männer, und weil es ihnen schlechter anstehe, um Almosen zu bitten als diesen, ebensogut auch die Rückforderung anderer ihrer Sachen, welche der Ehe-

1114) Kraut §. 93, N. 22, Bd. 2, S. 492 flg.

1115) Schwabensp. Cap. 56 a. E. Ueber den Grund dieser Abweichung vgl. Kraut a. a. O. N. 23, Bd. 2, S. 493.

mann unerlaubter Weise veräußert hat. Rücksichtlich der nicht zur Heimsteuer gehörigen, vom Ehemanne unerlaubter Weise veräußerten Sachen muß man der Frau schon bei Lebzeiten des Mannes ein Vindicationsrecht einräumen, da das bei den zur Heimsteuer gehörigen, vom Manne ungiltiger Weise veräußerten Sachen der Frau erst nach dem Tode des Mannes zustehende Rückforderungsrecht damit zusammenhängt, daß, wenn der Mann die Frau überlebt, er die Heimsteuer als Eigenthum behält und es daher bis zu dem Ableben des zuerst versterbenden Ehegatten zweifelhaft bleibt, ob die Frau überhaupt jemals wieder werde Anspruch darauf machen können.

ddd) Nach den Stadtrechten. Unter den Stadtrechten sagen die älteren Hamburger Statuten deutlich, daß der Ehemann nur dann zur Veräußerung der Immobilien der Frau ohne ihre Zustimmung befugt sei, wenn er sich in Noth befinde und ein Biedermann sei[1116]. Auch das Lübische Recht verbietet ihm, außer in Fällen der Noth (welche es näher bezeichnet) anscheinend allgemein die Veräußerung derselben ohne Einwilligung der Frau und, wie hinzugefügt wird, auch ohne Zustimmung der etwa vorhandenen Kinder[1117]. Bei genauerer Betrachtung der von diesem Veräußerungsverbote handelnden Stellen des Lüb. Rechtes ergiebt sich aber dessen Beschränkung auf Erbgüter der Frau, wofür verschiedene Gründe sprechen, wegen welcher auf die Ausführung von Kraut, welcher sich wieder auf Pauli stützt, zu verweisen ist[1118]. Da sowohl das Lüb. als auch das Hamburg. Recht ausdrücklich nur bei Immobilien der Frau dem Ehemanne die Veräußerung ohne deren Zustimmung blos ausnahmsweise verstatten, so muß man hieraus schließen, daß er nach beiden Rechten ihre Mobilien auch ohne ihre Einwilligung giltig veräußern konnte[1119]. Auch unterliegt es keinem Zweifel, daß nach dem Hamburger Rechte bei Beendigung der Ehe weder die Frau, noch ihre Erben einen Ersatz für die veräußerten Mobilien von dem Ehemanne, bezüglich seinen Erben fordern konnten. Dasselbe gilt nach dem Lüb. Rechte bei beerbter Ehe, während es bestritten ist, ob sie nach demselben bei unbeerbter Ehe nicht einen solchen Ersatzanspruch haben. Nach den Untersuchungen von Pauli haben sie einen solchen keineswegs[1120]. Da das Lübische Recht nach dem Obigen nur zur Veräußerung der Erbgüter der Frau deren Zustimmung fordert, so müssen nach demselben andere Immobilien der Frau in Bezug auf das Veräußerungsrecht des Ehemannes ihren Mobilien gleichgestellt werden. —

1116) Hamb. Stat. v. 1292 E. 14. Gleichlautend sind die Stat. v. 1497 G. 7. Anders lauten die Stat. v. 1270 I, 20.

1117) Lüb. Recht Cod. Hach. I. 15. Cod. Hach. II. 11 et 18. Siehe auch Cod. Brok. I. 162. II. 39. III. 78.

1118) Kraut Bd. 2, S. 496 flg.

1119) Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, §. 8. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 472, §. 16. Kraut Bd. 2, S. 498.

1120) S. Pauli a. a. O. Th. 2, S. 75 flg. A. M. sind Hasse, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IV, S. 102 und Cropp a. a. O. S. 512 u. 536.

Endlich finden sich auch mehrere Stadtrechte, nach welchen dem Ehemanne ein vollkommen freies Veräußerungsrecht in Bezug auf das ganze Vermögen der Frau, bewegliches und unbewegliches, mit Einschluß ihrer Erbgüter, zusteht, und zwar entweder nur bei beerbter Ehe[1221]) oder ganz allgemein, die Ehe mag beerbt sein oder nicht[1122]).

εεε) Resultat. Ein unbeschränktes Verfügungsrecht des Ehemannes über das eheweibliche Vermögen kann, da nur einige Statuten ein solches ihm beilegen, nicht zu den allgemeinen Wirkungen der ehelichen Vormundschaft gezählt werden. Es fragt sich daher nur noch, ob da, wo ihm ein Veräußerungsrecht, sei es nun in Ansehung des ganzen eheweiblichen Vermögens oder eines Theiles desselben, wirklich eingeräumt wird, es als Ausfluß der ehelichen Vormundschaft gelten kann. Ausdrücklich wird dieselbe als Grund dieses Veräußerungsrechtes nur im Schwabenspiegel Cap. 10 (§. 2) angeführt: „Daz ist da von, daz der man des wibes voget ist und ir meister;" es läßt jedoch schon diese Stelle durch die Worte: „und ir meister" erkennen, daß neben der ehelichen Vormundschaft noch ein anderes Moment hier als Grund mit einwirkt. Alle anderen Rechtsquellen schweigen über den Grund dieses Veräußerungsrechtes gänzlich. Unverkennbar würde es schon an und für sich sehr auffallend sein, wenn der Ehemann vermöge seiner Vormundschaft über die Ehefrau das Recht zur Veräußerung ihres Vermögens hätte, da die Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen diese Befugniß nicht enthält. Es müßte daher bei der ehelichen Vormundschaft zu den in der Geschlechtsvormundschaft liegenden Befugnissen wenigstens noch ein anderes Moment hinzutreten, welches diese Abweichung derselben von der letzteren erklärte. Dies ist aber nicht der Fall, wie sich daraus ergiebt, daß, obschon die Vormundschaft des Ehemannes ebensogut die Einhandsgüter der Frau wie ihr übriges Vermögen begreift[1123]), doch an jenen nicht er, sondern die Frau selbst das Veräußerungsrecht hat[1124]). Da nun auch nach dem früher Bemerkten (vgl. oben unter γγ) die Ehefrau, während der Abwesenheit oder des Wahnsinnes ihres Ehemannes, im Falle der Noth

1121) Alt. Lüneburg. Stat. bei Dreyer 370, 17, vgl. mit denselben bei Dreyer 389, 72.

1122) Dies thun namentlich das ältere Recht der Stadt Freiburg im Breisgau und die sich daran anschließenden Stadtrechte von Bern und von anderen Städten der Schweiz. Vgl. Freiburg. Stadtpritil. v. 1120 bei Schreiber S. 33. S. auch Freiburg. Stadtrodel §. 41 u. 27, den ältesten teutschen Entwurf des Freiburg. Stadtrechtes v. 1275 bei Schreiber, Urkundenbuch S. 79 unten, und die neue Verfassungsurkunde v. 1293 ebd. S. 130 oben. — Berner Handfeste v. 1218 Art. 42, 43. Stadtrecht von Burgdorf in der Schweiz von 1316 bei Walther, Gesch. des Berner Stadtr. p. LXXII. S. übrigens Kraut §. 94, N. 11, Bd. 2, S. 499 flg.

1123) Pauli, Abhandl. an dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 51 flg.

1124) Vgl. Lüb. Oberstadtbuchs-Inscript. v. 1346 bei Pauli a. a. O. S. 45. Lüb. Testament v. 1372 ebd. S. 47. S. überhaupt Pauli a. a. O. S. 45—51.

nicht von ihrem, sondern auch von seinem Vermögen veräußern kann, was er anerkennen muß, und da doch dieses Veräußerungsrecht unmöglich Ausfluß einer der Frau zustehenden Vormundschaft über den Mann oder dessen Gut sein kann, so muß man entweder diese Veräußerungsbefugniß der Frau auf einen ganz anderen Grund stützen, als die des Mannes, oder das Veräußerungsrecht des Mannes muß auf einem anderen Grunde, als auf der ehelichen Vormundschaft, beruhen. Ersteres ist schon an und für sich nicht wahrscheinlich, da das Veräußerungsrecht der Frau im ganzen von gleichem Umfange ist, wie das des Mannes, und dasselbe offenbar nur ersetzen soll. Es läßt sich aber auch mit Kraut ein anderer sehr natürlicher Grund für das Veräußerungsrecht der Ehegatten in Bezug auf ihr gegenseitiges Vermögen angeben, nämlich die Herrschaft im Hause, und auf diese, welche zunächst dem Manne zusteht, aber, wenn dieser an ihrer Ausübung gehindert ist, auf die Frau übergeht, deuten die obigen Worte des Schwabenspiegels: „und ir meister" hin. Diese Herrschaft, sowie sie überhaupt das Recht und die Verpflichtung enthält, für die Aufrechterhaltung des Hauswesens und der Familie zu sorgen, kann natürlich dem Ehegatten, welcher sie zur Zeit ausübt, auch die Befugniß zur Vornahme der zu jenem Zwecke erforderlichen Veräußerungen geben. Auch erklärt sich auf diese Weise leicht, warum über die Einhandsgüter der Frau nicht der Mann, sondern nur sie selbst verfügen darf; denn der Charakter jener Güter besteht nicht darin, daß sie seiner ehelichen Vormundschaft, sondern nur darin, daß sie seiner Herrschaft entzogen sind und daß diese die Frau über dieselben hat. Da ferner die Kosten und Lasten der Ehe zunächst aus der Errungenschaft bestritten werden müssen, so ist leicht begreiflich, weshalb die Herrschaft im Hause den Mann berechtigt, da, wo beiden Ehegatten ideale Antheile an jener zukommen, über die ganze Errungenschaft frei zu verfügen. Hierin liegt auch wohl der Grund, warum ihm das sächsische Recht das Eigenthum an der Errungenschaft, soweit sie nicht in Stücken, welche zur Gerade gehören, besteht, beilegt und ihn im Falle der Noth auch zur Veräußerung dieser berechtigt. — Das unbeschränkte Verfügungsrecht, welches der Ehemann nach den Hamburger Statuten, die Ehe mag beerbt sein oder nicht, über das bewegliche Vermögen seiner Frau hat und welches ihm in anderen Statuten selbst über deren Immobiliarvermögen eingeräumt wird, läßt sich jedoch mit Kraut weit einfacher aus der eigenthümlichen Art der Erbfolge der Ehegatten, als aus der Herrschaft des Mannes im Hause erklären. Denn nach den Hamburger Statuten sowohl als auch nach dem Rechte der Stadt Freiburg im Breisgau und den sich daran anschließenden anderen Stadtrechten, fällt das Vermögen der Ehegatten bei Beendigung der Ehe, diese mag beerbt sein oder nicht, nicht wieder auseinander[1125]). Dagegen

1125) Nach dem Hamburger Rechte theilt bei unbeerbter Ehe der überlebende Ehegatte das Gesammtgut mit den Erben des verstorbenen so, daß er

läßt sich das Veräußerungsrecht, welches nach dem Lübischen Rechte der Ehemann an dem Vermögen seiner Frau hat, nicht auf die angegebene Weise erklären. Denn nach diesem fällt nur bei beerbter Ehe das Vermögen der Ehegatten bei dem Tode eines derselben nicht wieder aus einander, aber allerdings bei einer unbeerbten Ehe[1126]), und doch ist nach dem früher Bemerkten das Veräußerungsrecht des Ehemannes bei der einen von gleichem Umfange wie bei der anderen. Wenngleich daher hier dasselbe lediglich in der Herrschaft des Mannes im Hause seinen Grund zu haben scheint, so ist doch der nächste Grund desselben in einem anderen Umstande zu suchen. Im Lübischen Rechte wird gesagt (vgl. die in Note 1117 angeführten Stellen), der Mann könne die von der Frau ihm zugebrachten Immobilien nicht ohne ihre, und wenn die Ehe beerbt ist, auch nicht ohne der Kinder Einwilligung veräußern. Diese Verfügung scheint auf den ersten Blick zwar im wesentlichen ganz dieselbe Bedeutung und denselben Grund zu haben, wie die der Hamburger Statuten; sie weicht aber bei genauerer Betrachtung von dieser wesentlich theils darin ab, daß sie zur Giltigkeit der Veräußerung außer der Einwilligung der Frau auch noch die der Kinder fordert, theils darin, daß nach dem Obigen unter den Immobilien der Frau nur deren Erbgüter verstanden werden können. Diese Abweichungen von den Hamburger Statuten sind nun aber nicht erklärlich, wenn man annimmt, daß nach dem Lübischen Rechte die Frau, wie nach jenen, auch während der Ehe das Eigenthum ihrer Immobilien behalte. Unter dieser Voraussetzung kann man nämlich erstens nicht einsehen, warum der Mann nur nicht die Erbgüter seiner Frau, wohl aber ihre übrigen Immobilien ohne ihre Einwilligung veräußern dürfe, indem es in Bezug auf das Zustimmungsrecht der nächsten Erben in die Veräußerung eines Grundstückes wohl einen Unterschied machen kann, ob dasselbe ein Erbgut ist oder nicht, nicht aber in Bezug auf das Einwilligungsrecht des Eigenthümers selbst. Zweitens läßt sich unter jener Voraussetzung nicht

---

einen Antheil (nämlich der Mann zwei Drittheile, die Frau die Hälfte) davon behält und das andere an die letzteren herausgiebt. Hamburg. Stat. v. 1270 III, 10. Stat. v. 1292 E. XVIII. Stat. v. 1497 J. XIX. Bei beerbter Ehe hingegen behält der überlebende Ehegatte das ganze in der Ehe vorhanden gewesene Vermögen immer allein und hat nur im Falle seiner Wiederverehelichung die Abtheilung mit den Kindern vorzunehmen. Dies sprechen freilich erst die neuesten Hamburg. Stat. v. 1603 III, 3, Art. 3—5 deutlich aus; daß aber schon nach den älteren Statuten dasselbe Recht galt, ergiebt sich aus einer Vergleichung folgender Artikel in denselben: Stat. v. 1270 J. III, Art. 2 (Stat. v. 1292 E. 2, v. 1497 J. 7), Art. 3 (Stat. v. 1292 E. 3, v. 1497 J. 8), Art. 4 (Stat. v. 1292 E. 4, v. 1497 J. 9), Art. 11, Stat. v. 1292 E. 15 (v. 1497 J. 17 vgl. Stat. v. 1270 III, 17). Stat. v. 1270 III, Art. 15 (Stat. v. 1292 E. 14 v. 1497 J. 16). — Freiburg. Stadtprivil. v. 1120 (Schreiber S. 38). Siehe auch Freiburg. Stadtrodel §. 26. Berner Handfeste v. 1218 Art. 40, 41.

1126) Alt. Lüb. Recht Cod. Hach. I. art. 8. 9. 13. 14. Siehe auch den teutschen Text des alten Lüb. Rechtes im Cod. Hach. II. art. 3. 4. 21 und vgl. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, §. 25, 26.

einsehen, weshalb in den betreffenden Stellen außer der Einwilligung der Frau selbst nur noch die der Kinder zur Giltigkeit der Veräußerung gefordert wird. Denn die Nothwendigkeit der Einwilligung der Kinder läßt sich nur aus dem Rechte der nächsten Erben, welches sie an dem zu veräußernden Gegenstande haben, erklären[1127]). Sowie sie aber bei beerbter Ehe neben dem überlebenden Vater die nächsten Erben ihrer Mutter waren, so waren bei einer unbeerbten Ehe die nächsten Erben der Frau in Bezug auf ihre Grundstücke ihre Blutsverwandten, und es mußte daher die Nothwendigkeit der Einwilligung dieser in die Veräußerung ebensowohl erwähnt werden als die der Kinder. Alle diese Schwierigkeiten beseitigen sich leicht durch die Annahme, daß nach dem Lübischen Rechte der Ehemann während der Ehe Eigenthümer aller Immobilien der Ehefrau ist, welche nicht zu Einhandsgütern derselben gemacht sind. Die Nothwendigkeit der Einwilligung der Frau zu der von dem Manne vorgenommenen Veräußerung ihrer Immobilien hat demnach ihren Grund nicht in ihrem daran zustehenden Eigenthum, sondern in dem der Frau daran zustehenden Rechte eines nächsten Erben, indem diese Güter, wenn der Ehemann stirbt und die Ehe beerbt ist, zu dem zwischen ihr und den Kindern zu vertheilenden Sammtgute gehören, bei unbeerbter Ehe aber dieselben auf sie allein zurückfallen. Eben deshalb bedarf es auch ihrer Einwilligung nicht zur Veräußerung ihrer Immobilien überhaupt, sondern nur zu der ihrer Erbgüter, da nur letztere nach dem Lübischen Rechte nicht ohne Einwilligung der nächsten Erben veräußert werden dürfen. Ebenso erklärt sich bei jener Annahme leicht, weshalb außer der Einwilligung der Frau selbst nur noch die der aus der Ehe vorhandenen Kinder, nicht aber auch die Zustimmung anderer Verwandten der Frau verlangt wird. Denn bei beerbter Ehe erbt die Frau diese Grundstücke bei dem Ableben des Ehemannes mit den Kindern gemeinschaftlich; bei unbeerbter Ehe hingegen fallen dieselben allein auf die Frau, nicht auch auf ihre Verwandten. Endlich erklärt es sich auf diese Weise, warum in den Lübischen Urkunden bei der Veräußerung von Grundstücken der Ehefrau immer der Ehemann selbst als der Veräußernde erscheint und die Frau nur ihre Zustimmung dazu ertheilt, niemals aber, wie nach anderen Rechten, er die Veräußerung blos in ihrem Namen vollzieht oder sie selbst mit seiner Hilfe als ihrem Vormunde, wie dies die unverheuratheten Frauenspersonen nach diesen Rechten zu thun pflegen, dieselbe vornimmt[1128]). — Ist nach Lübischem

---

1127) Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 7, N. 11, S. 9, 10, N. 14, 15, 16. Kraut Bd. 2, S. 496.

1128) Dies ergiebt sich aus allen in Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte so zahlreich abgedruckten Lüb. Oberstadtbuchs-Inscriptionen, welche von der Veräußerung der von der Ehefrau in die Ehe gebrachten Güter durch den Mann sprechen, s. namentlich die bei Pauli a. a. O. Th. 2, §. 5 abgedruckten Inscriptionen. Letzterer Schriftsteller a. a. O. giebt zwar nicht zu, daß der Ehemann nach Lüb. Rechte Eigenthümer des Eingebrachten seiner Frau werde, und

Rechte der Ehemann während der Ehe Eigenthümer aller Immobilien seiner Frau, so ist er es umsomehr ihrer Mobilien, und daraus erklärt sich am einfachsten, daß er diese bei unbeerbter Ehe ebensogut wie bei beerbter frei veräußern kann, während nur bei der letzteren sie bei dem Tode eines der Ehegatten nicht wieder auseinander fallen.

Recht des Ehemannes, das Vermögen der Frau mit Schulden zu beschweren. Sowie die Neueren, mit Ausnahme von Kraut, das dem Ehemanne an dem eheweiblichen Vermögen zustehende Veräußerungsrecht als ein aus der ehelichen Vormundschaft entspringendes Recht betrachten, so ist dies dasselbe der Fall auch rücksichtlich des Rechtes desselben, das Vermögen seiner Frau mit Schulden zu beschweren, wo dasselbe überhaupt vorkommt[1129]; denn daß er es

---

daher ihr Eigenthum daran während stehender Ehe suspendirt sei, und erkennt daher natürlich auch die aus diesem Satze von Kraut, dem wir folgen, gezogenen Folgerungen nicht an. Er gesteht aber selbst zu, das eigentlich entscheidende Argument für seine Ansicht sei, daß die Frau auch selbst in die Veräußerung ihres dem Manne „like kopfschatte" gegebenen Gutes einwilligen müsse, bei welchem ihr Einwilligungsrecht, wenn es hier wirklich einträte, sich allerdings nicht auf das Recht der nächsten Erben, sondern nur auf das der Frau daran zustehende Eigenthum gründen könnte. Die Clausel, welche sich in Lübeck sehr häufig findet, der Mann solle die Erbgüter der Frau „like kopfschatte" haben, hat den Sinn, daß die Erbgüter (als welche auch die einer Tochter bei ihrer Verheurathung von ihren Eltern oder nächsten Verwandten mitgegebenen Immobilien betrachtet wurden; s. Pauli a. a. O. Th. 1, S. 76 flg., Th. 2, S. 16 flg.) dadurch diese ihre Eigenschaft verlieren sollen, wovon die Folge ist, daß der Mann sie nun, wie sein eigenes wohlerworbenes Gut, veräußern darf. Lüb. Recht Cod. Hach. II. 17. Die Worte „like kopfschatte" werden in den lateinisch geschriebenen Stadtbuchs-Inscriptionen wiedergegeben durch die Redensart: ut eis utatur sicut mercatoriis bonis suis titulo emtionis; z. B. Lüb. Oberstadtbuchs-Inscriptionen v. 1317 bei Pauli a. a. O. Th. 2, S. 9, N. 15; siehe auch andere Inscriptionen dieser Art ebd. Th. 2, S. 7, N. 11. S. 9, 10, N. 14, 15, 16, S. 20, Nr. 1. S. 21, Nr. 3. Anderswo findet sich in gleicher Bedeutung die Redensart: ut eis uti possit tanquam mobilibus bonis suis; z. B. Lüb. Oberstadtbuchs-Inscript. v. 1375 bei Pauli a. a. O. Th. 2, S. 21, Nr. 4. Erbgüter, welche mit dieser Clausel dem Manne zugebracht wurden, konnten daher von ihm nicht blos ohne Zustimmung der Kinder, sondern auch ohne Einwilligung der Frau verkauft werden; vgl. die bei Pauli a. a. O. Th. 2, S. 20—22 abgedruckten Lüb. Oberstadtbuchs-Inscriptionen. Pauli a. a. O. S. 23 stellt zwar auf Grund zweier Oberstadtbuchs-Inscriptionen v. 1371 und 1372, in welchen es bei der Veräußerung solcher, „like kopfschatte" dem Manne gegebenen Güter durch den Mann heißt: quas cum uxore sua, cuius dotalicium erant, coram consilio resignorit, in Abrede, daß der Mann solche Güter ohne Zustimmung der Frau hätte veräußern dürfen. Dagegen macht Kraut Bd. 2, S. 497, N. 7 mit Recht die weit größere Zahl derjenigen Inscriptionen geltend, welche bei Veräußerung von Gütern dieser Art der Einwilligung der Ehefrau nicht gedenken. Abgesehen hiervon kommt in Betracht, daß die Statuten (Cod. Hach. II. 17.) ausdrücklich sagen, daß der Mann solche Güter veräußern dürfe: „like anders sine copschatte" und diese Güter ihm ja auch nach den Stadtbuchs-Inscriptionen zu dem Zwecke gegeben worden: ut eis utatur sicut mercatoriis oder auch mobilibus bonis suis, und es unzweifelhaft ist, daß der Mann seine eigenen Kaufschätze und alle beweglichen Sachen ohne Einwilligung der Frau veräußern darf.

1129) Cropp in dessen und Heise's jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 475,

nicht nach allen teutschen Rechten hat, darüber herrscht kein Zweifel. Auch dagegen hat sich Kraut erklärt. Da, wenn es sich in stehender Ehe von der Bezahlung der durch den Ehemann gewirkten Schulden aus dem Vermögen der Frau handelt, dies ganz mit der Frage über sein Veräußerungsrecht zusammenhängt und diese Frage schon in dem Obigen ihre Beantwortung erhalten hat, so ist nur noch zu erörtern, ob und inwieweit nach Beendigung der Ehe die von dem Ehemanne gewirkten Schulden von der Frau oder deren Erben zu bezahlen sind. Dabei ist ganz davon abzusehen, wie weit die Frau, wenn sie von dem Vermögen des Mannes etwas erbt, dessen Schulden zu bezahlen habe, indem hierbei nicht Grundsätze der Vormundschaft, sondern des Erbrechtes in Betracht kommen. Ebensowenig ist hier die Frage von Interesse, ob und wieweit nach Beendigung der Ehe aus dem Vermögen der Frau die von dem Ehemanne gewirkten Schulden dann zu bezahlen sind, wenn sie dieselben entweder ausdrücklich mit contrahirt oder auch sich für ihren Ehemann verbürgt hat[1130]. Denn in beiden Fällen liegen specielle Gründe für ihre Haftpflicht vor, und diese hat daher in ihnen ebenfalls nicht ihren Grund in der ehelichen Vormundschaft. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn das von dem Ehemanne Erborgte sich nach seinem Ableben in ihren Geweren findet oder in ihren Nutzen verwendet worden ist[1131]. Sodann wird selbstverständlich, wenn der Ehemann für seine Schuld eine Sache der Frau giltig verpfändet hat, die Frau in demselben Umfange, wie jeder andere Pfandbesitzer, durch die Schuld betroffen, wobei es sich unmittelbar gar nicht um die Frage über die Haftpflicht der Frau für die vom Manne gewirkten Schulden,

---

§. 17 u. S. 503 flg. Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten S. 109. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 97 flg. Runde, ehel. Güterrecht S. 30.

1130) Von dem ersteren Falle ist in mehreren Rechtsquellen ausdrücklich die Rede. Vgl. altes Lüb. Recht Cod. Hach. II. 11. Rechtsb. nach Distinct. III, 9, 8. Zürich. Rechtserkenntniß v. 1489 bei Bluntschli, Zürich. Rechtsgesch. 2, 153. — Nach dem teutschen Rechte sind Frauenspersonen unter denselben Bedingungen, unter welchen sie überhaupt Schulden machen können, auch zur Uebernahme von Bürgschaften fähig. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 1, S. 144. Von der Verpflichtung der Frau und ihrer Erben, sowohl aus einer für den Ehemann übernommenen Bürgschaft, als auch, wenn sie eine Schuld mit ihm zusammen contrahirt hat, und von dem Unterschiede beider Fälle handelt ein Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 100, Nr. 2. S. auch altes Culm. Recht 3, 125 und sächs. Distinct. bei Pölman V, 6, 9.

1131) Von der Haftpflicht der Frau in diesem Falle spricht das Rechtsbuch nach Distinct. III, 4, 6. Hierher kann aber nicht mit v. Sydow, Erbrecht S. 334 der Fall gezählt werden, wenn der Mann die Schuld nur überhaupt für Zwecke des ehelichen Lebens gemacht hat; denn dann würde, wie Kraut bemerkt, das Haften der Frau für die Schulden des verstorbenen Ehemannes zur Regel werden, während es doch immer nur als Ausnahme hingestellt wird. Es muß also, wenn die Frau haften soll, immer eine Verwendung des Erborgten in ihren individuellen Nutzen stattgefunden haben, worauf auch die Ausdrücke der obigen Stelle hindeuten.

sondern nur darum handelt, ob und wieweit der Mann Vermögensstücke seiner Ehefrau giltig veräußern und verfänden kann. Endlich kann davon, daß der Ehemann vermöge der ehelichen Vormundschaft seine Frau persönlich verpflichten könne, nicht die Rede sein; nur die Haftpflicht derselben für seine Schulden mit ihrem dem Ehemanne während der Ehe unterworfen gewesenen Vermögen steht in Frage. Es ist nun zuvörderst zu berichten, was die teutschen Rechtsquellen über eine etwaige Befugniß des Ehemannes, das Vermögen der Frau mit Schulden zu belasten, welche nach Beendigung der Ehe von ihr oder ihren Erben aus demselben bezahlt werden müssen, enthalten. Die Rechtsquellen der älteren Zeit enthalten keine Spur von einer solchen Befugniß des Ehemannes. Ebensowenig der Sachsenspiegel. Auch das Rechtsbuch nach Distinctionen legt dem Ehemanne diese Befugniß nicht bei, wie sich aus den bereits in den Noten angeführten Stellen (III, 9, 8 und III, 4, 6) ergiebt, in welchen die Haftpflicht der Frau für die Schulden des Mannes entweder auf einen besonderen Grund, wie Mitcontrahirung oder Verbürgung für dieselben, gestützt, oder, wie in der letzten Stelle, ganz in Abrede gestellt wird. Was die Frage betrifft, ob der Schwabenspiegel eine solche Befugniß kenne, so hängt deren Beantwortung von der Auslegung der in der Note angeführten Stelle ab[1132]). Da in §. 1 dieser Stelle blos von Gut, welches der Mann hinterlassen hat, die Rede ist, so könnte man daraus abnehmen wollen, daß es sich hier gar nicht von der Verpflichtung der Frau, aus ihrem Vermögen des Mannes Schulden zu bezahlen, handele. Allein da §. 2 sagt, daß die Frau, wenn sie von ihren Verwandten Gut erhalte oder einen Mann, welcher Vermögen hat, wieder heurathe oder auch während der neuen Ehe aus irgend einem Grunde Vermögen erwerbe, welches sie vorher nicht gehabt habe, die Schuld ihres ersten Mannes davon nicht bezahlen müsse, so wird durch diesen Gegensatz deutlich genug angezeigt, daß das der Frau schon während der früheren Ehe zustehende Vermögen in §. 1 mit unter demjenigen verstanden werde, was der Mann hinterlassen hat, und daß es zur Bezahlung seiner Schulden zu verwenden sei. Da sich nirgends eine Andeutung findet, daß dies nur bei beerbter Ehe stattfinde, so muß man annehmen, daß es ebensowohl bei einer unbeerbten, als bei einer beerbten Ehe gilt. Jedoch folgt aus der dem Ehemanne bei unbeerbter Ehe nur im Falle der Noth zustehenden Befugniß zur Veräußerung des Vermögens der Frau ohne ihre Einwilligung, daß sie bei einer solchen ihr Vermögen auch nur dann zur Bezahlung seiner Schulden hergeben muß, wenn sein Vermögen dazu nicht hinreicht. Auch hat nach dem früher über die Grundsätze des Schwabenspiegels in Ansehung des Veräußerungsrechtes des Ehemannes Bemerkten (vgl. oben unter γγγ) die Frau ohne Zweifel nicht ihre Grundstücke, soweit diese nicht zur Heimsteuer gehören, sondern nur ihr bewegliches Vermögen zu diesem

1132) Schwabensp. 10 (262, §. 1, 2).

Behufe zu verwenden. Ist der Mann der überlebende Theil, so müssen selbstverständlich die Erben der Frau, wenn seine Gläubiger aus seinem Vermögen ihre Befriedigung nicht erlangen können, das von ihr ererbte Vermögen in demselben Umfange, wie sie selbst dazu verpflichtet war, zur Bezahlung seiner Schulden verwenden. Diese Grundsätze sind wohl nur Ausflüsse des Princips, daß man es als unbillig für die Gläubiger des Mannes erachtete, daß, da er während der Ehe das Vermögen der Frau zu deren Befriedigung angreifen konnte, und wenn er ihr Vermögen nicht hätte schonen wollen, er meistens gar nicht die Schuld zu contrahiren nöthig gehabt hätte, die Frau durch den blos zufälligen Umstand, daß er vor Abtragung seiner Schulden starb, welche Nichtabtragung überdies oft nur in der Nachsicht der Gläubiger ihren Grund hatte, von derselben frei werden sollte. Da hiernach das Recht des Mannes, das eheweibliche Vermögen mit Schulden zu belasten, nur ein Ausfluß des ihm daran zustehenden Veräußerungsrechtes ist, so würde man es nach den Grundsätzen des Schwabenspiegels nur dann als eine Wirkung seiner ehelichen Vormundschaft ansehen können, wenn jenes Veräußerungsrecht eine solche wäre. Da dies aber nach dem früher Bemerkten nicht der Fall ist, so kann man es nicht dazu zählen. — In einer Reihe von Stadtrechten ist ganz klar ausgesprochen, daß die Ehefrau bei dem Tode des Mannes, bei beerbter sowohl als bei unbeerbter Ehe, ihr ganzes Vermögen, bewegliches und unbewegliches, soweit es überhaupt unter der Herrschaft des Mannes gestanden hat, zur Bezahlung der Schulden des Mannes hergeben muß, daß sie aber mit dem erst nach seinem Tode erworbenen Vermögen derselben nicht haftet. Hierher gehören besonders die älteren Hamburger Statuten, das Bamberger Stadtrecht aus der Mitte des 14. Jahrhundert, die Bremer und die älteren Lüneburger Statuten[1133]). Bei beerbter Ehe hat auch das Lübische Recht denselben Grundsatz[1134]); dagegen ist es bestritten, ob auch schon nach dem älteren Lübischen Rechte er bei einer unbeerbten Ehe eintrete oder ob nicht vielmehr nach demselben die Frau bei einer solchen Ehe befugt sei, bei dem Tode des Mannes ihr ganzes eingebrachtes Vermögen dessen Gläubigern zu entziehen[1135]). Fragt man

---

1133) Hamburg. Stat. v. 1270 III, 5. Gleichlautend sind die Stat. v. 1292 E. 5, v. 1497 J. 11. S. auch Stat. v. 1270 III, 15 u. 17, v. 1292 E. 14 u. 15, v. 1497 J. 16 u. 17. Stat. v. 1292 E. 18, v. 1497 J. 19. Vgl. überhaupt über diesen Gegenstand Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 275—278, 502—504. — Bamberg. Stadtr. §. 244. — Brem. Stat. v. 1303 Ord. 41 (Oelrich's S. 93). S. auch Stat. v. 1348 II, 10, v. 1433 Ord. 86 (Oelrich's S. 348, 542). — Alt. Lüneb. Stadtr. §. 102.

1134) S. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 2, §. 41. A. M. ist Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. Th. 2, §. 370, N. m.

1135) Ersteres nehmen an Hasse, i. d. Ztschr. f. gesch. RW. Bd. IV, S. 106; Kraut Bd. 2, S. 522 flg.; letzteres Eichhorn a. a. O. und Bd. 3, S. 433, Anm. zu §. 456. Cropp, in den Heidelb. Jahrb. der Literat. v. 1823 S. 122. Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten S. 182, N. 181. Pauli a. a. O. §. 24. Letzterer hat die Frage am ausführlichsten beleuchtet.

nun, ob nach den Stadtrechten, nach welchen bei Beendigung der Ehe die Schulden des Mannes auch aus dem Vermögen der Frau zu bezahlen sind, dies sich als eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft betrachten lasse, so sind es, außer dem Lübischen Rechte, alles solche, nach welchen bei Beendigung der Ehe das Vermögen der Ehegatten, höchstens mit Ausnahme der Erb- und Lehngüter, niemals wieder auseinander fällt, sondern als Eine Gesammtmasse behandelt wird, welche entweder dem überlebenden Ehegatten allein verbleibt oder nach Quoten zwischen ihm und den Erben des verstorbenen Ehegatten vertheilt wird. Die Nothwendigkeit, hier die Schulden des Ehemannes auch aus dem Vermögen der Frau zu bezahlen, beruht offenbar zunächst nicht auf der ehelichen Vormundschaft, sondern darauf, daß das Vermögen der Frau gar nicht mehr als ein besonderes Vermögen in Betracht kommt, sondern mit demjenigen des Ehemannes dergestalt verbunden ist, daß es mit demselben zusammen nur Eine Vermögenseinheit bildet, und also, wenn die Schulden des Ehemannes nicht auch auf dem Vermögen der Frau haften sollten, ganz diesem Princip zuwider bei der Schuldenbezahlung das beiderseitige Vermögen würde getrennt werden müssen. Darüber, wie sich die Sache nach Lübischem Rechte verhalte, ist auf die Ausführung von Kraut zu verweisen[1136].

ζ) Ist die Ungezweitheit des Vermögens der Ehegatten während der Ehe eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft? Zu den Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auf das Vermögen der Ehegatten zählen manche Neuere endlich auch den mehrerwähnten Satz der Rechtsbücher, daß Mann und Weib während der Ehe kein ungezweites Gut haben[1137]. Nach ihrer Ansicht soll nämlich jener Satz den Sinn haben, daß, obgleich jeder der Ehegatten auch während der Ehe sein eigenes Vermögen habe, doch wegen des Vertretungs-, Verwaltungs- und Benutzungsrechtes, welches dem Manne vermöge der ehelichen Vormundschaft hinsichtlich des eheweiblichen Vermögens zustehe, dieses nach außen hin mit dem seinigen Eine Masse bilde. Gegen diese Ansicht erklärt sich Kraut aus folgenden überwiegenden Gründen. Zuvörderst kann nach dem früher Bemerkten das Verwaltungs- und Benutzungsrecht des Mannes an dem eheweiblichen Vermögen nicht zu den Wirkungen der ehelichen Vormundschaft gezählt werden und daher auch nicht die dadurch bewirkte Ungezweitheit des Vermögens der Ehegatten. Ebensowenig kann aber auch das in der ehelichen Vormundschaft liegende Vertretungsrecht die Ungezweitheit des Vermögens der Ehegatten bewirken, da der Mann nach dem Obigen dieses Vertretungsrecht auch in Bezug auf die Einhandsgüter der Frau hat und diese entschieden nicht zu dem ungezweiten Gute gehören. Endlich dauert die Ungezweitheit des Vermögens der Ehegatten häufig auch nach Beendi-

1136) Vgl. Kraut Bd. 2, S. 524 flg.

1137) Z. B. Hasse, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IV, S. 69 flg. Eichhorn, teutsches Privatr. §. 296.

gung der ehelichen Vormundschaft noch fort, indem, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, der überlebende Ehegatte mit diesen in dem ungezweiten Gute sitzen bleibt, woraus sich ebenfalls ergiebt, daß sie nicht Folge der ehelichen Vormundschaft sein kann. Auch läßt sich dagegen nicht einwenden, daß, obschon sie in diesem Falle nicht Ausfluß der ehelichen Vormundschaft sei, sie doch Wirkung der Vormundschaft des überlebenden parens über die Kinder und deren Vermögen sei; denn sie ist bekanntlich davon gar nicht abhängig. Auch kann man die Ungezweitheit des Vermögens überhaupt nicht als Wirkung des dem Ehemanne an dem eheweiblichen Vermögen zustehenden Verwaltungs- und Benutzungsrechtes betrachten. Dieses Recht ist vielmehr erst die Folge jenes Satzes, was sich besonders darin zeigt, daß, im Falle der Verhinderung des Ehemannes an der Ausübung jenes Rechtes, das Verwaltungsrecht des beiderseitigen Vermögens auf die Frau übermacht, offenbar deshalb, weil jene Ungezweitheit auch in diesem Falle bestehen bleibt und dieselbe eine ungetrennte Verwaltung erfordert. Der fragliche Satz muß wohl mit Kraut als ein selbstständiger, für sich bestehender betrachtet und so verstanden werden, daß, da nach teutscher Sitte der Haushalt für beide Ehegatten immer ein gemeinschaftlicher ist und die Kosten und Lasten dieses Haushaltes von ihnen gemeinschaftlich getragen werden müssen, das Vermögen beider Ehegatten in Verbindung mit ihren Arbeitskräften einen gemeinschaftlichen, zur Bestreitung der Kosten und Lasten des Haushaltes bestimmten Fond bildet[1138]).

η) Die eheliche Vormundschaft bei minderjährigen Ehegatten. Da die Vormundschaft des Ehemannes über die Frau von dem wichtigsten Einflusse auf das eheliche Güterrecht ist, so fragt es sich noch, wie es dann stehe, wenn die Ehefrau oder der Ehemann noch minderjährig sind und also an und für sich noch unter Altersvormundschaft stehen müßte. Im älteren Rechte war diese Frage gar nicht möglich, weil bei der Ehefrau, sie mochte ein Alter haben, welches sie wollte, der Eintritt der ehelichen Vormundschaft immer die Beendigung jeder anderen, unter welcher sie bis dahin gestanden hatte, bewirkte, der Mann aber, so lange die früheren Termine der Mündigkeit noch galten, vor deren Erreichung nach dem früher Bemerkten gar nicht zur Ehe schreiten konnte, und seit dem Hinausschieben der Mündigkeit bis in ein höheres Alter, derselbe, wie früher bemerkt wurde, durch die Verheurathung mündig wurde, also von einem Ehemanne, welcher noch unter Altersvormundschaft stand, gar nicht die Rede sein konnte. Obschon nun dieser Grundsatz, wie später bei der Lehre von der Beendigung der Vormundschaft zu zeigen sein wird, auch noch jetzt als gemeinrechtlich betrachtet werden muß, so finden sich doch Particularrechte, nach welchen durch die Verehelichung entweder bei beiden Geschlechtern oder doch bei

1138) So versteht jenen Satz auch Gropp in dessen und Heise's jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 437, §. 6.

dem männlichen die Altersvormundschaft nicht beendigt wird[1139]), und deshalb ist im heutigen Rechte die Beantwortung jener Frage wichtig. Nach der gewöhnlichen Annahme soll der minderjährige Ehemann zwar seine Frau nicht vor Gericht vertreten und ihr Vermögen nicht verwalten können, sondern das Erstere, wenn die Frau überhaupt eines Vormundes bedürfe, durch denselben, welchen sie unverehelicht zum Vormunde gehabt haben würde, das Letztere aber durch den Vormund des Ehemannes geschehen, im übrigen aber die Gütergemeinschaft oder das sonstige teutschrechtliche eheliche Güterrecht ebenso eintreten, wie wenn der Ehemann volljährig wäre[1140]). Betrachtet man das teutsche eheliche Güterrecht blos als Folge der ehelichen Vormundschaft, so ist dies aber sehr inconsequent, da nach dem heutigen Rechte derjenige, welcher unter Vormundschaft steht, nicht die Vormundschaft über einen Anderen haben und daher von ihm vermöge derselben zustehenden Rechten nicht die Rede sein kann, während es nach dem Princip, nach welchem die eigentliche Ursache jenes Güterrechtes die Einheit des Haushaltes und die Herrschaft des Mannes im Hause ist, ganz folgerecht ist, da beide von der Volljährigkeit des Ehemannes nicht abhängen. Ebenso verhält es sich, wenn die Frau noch minderjährig ist und nach dem Particularrechte die Altersvormundschaft über sie durch die Verheurathung nicht beendigt wird, indem auch in diesem Falle sowohl nach der Meinung der Juristen, als auch nach den Bestimmungen der Particularrechte dasselbe eheliche Güterrecht wie bei einer volljährigen Ehefrau eintritt; jedoch mit der Beschränkung, daß der Ehemann vorläufig noch nicht die Verwaltung oder wenigstens nicht die vollständige Verwaltung des eheweiblichen Vermögens erhält, sondern diese entweder rücksichtlich des ganzen Vermögens oder rücksichtlich desjenigen Bestandtheiles desselben, welcher die größere Sorgfalt und Umsicht in der Verwaltung erfordert, dem Altersvormund der minderjährigen Ehefrau bis zu der Volljährigkeit verbleibt[1141]).

1139) Z. B. kgl. sächs. Vorm.-O. v. 10. Oct. 1782 Cap. 23, §. 2—9. Altenb. Vorm.-O. v. 31. August 1785 §. 33. Vgl. wegen anderer Länder sächsischen Rechtes Heimbach, sächs. Privatr. §. 96 und N. 3 dazu.

1140) Mittermaier, teutsches Privatr. §. 382 a. E.

1141) Vgl. Runde, ehel. Güterr. S. 80 flg. Vgl. kgl. sächs. Vorm.-O. v. 1782 Cap. 23, §. 3—9. Altenb. Vorm.-O. v. 1785 §. 33. Beide Gesetze bestimmen die Grenzen der ehelichen und der Altersvormundschaft so, daß die Nutzungen des eheweiblichen Vermögens, wenn solches nicht Receptitiengut ist, dem Ehemanne gebühren, die Verwaltung der Grundstücke dem Ehemanne unter Mitaufsicht des Altersvormundes für deren pflegliche Behandlung, die der außenstehenden Forderungen und Capitalien dem Altersvormunde zukommt, außer wenn der Ehemann für letztere hinreichende Sicherheit leistet; daß in Ansehung der Veräußerung der Grundstücke die von der Veräußerung der Grundstücke Minderjähriger überhaupt geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind, und daß endlich zu allen Handlungen, wodurch die minderjährige Ehefrau verbindlich werden soll, außer dem Ehemanne auch der Altersvormund mitwirken muß. Dagegen erkennt die Anhalt-Dess. Dec. 5. zu Tit. 33 der Anhalt. Landesordn. v. 21. Juli 1850 §. 1, 2 als Regel an, daß durch Verheurathung einer

Ist der minderjährige Ehemann für volljährig erklärt worden, so müßte er nach allgemeinen Grundsätzen auch da, wo er bis dahin wegen seiner Minderjährigkeit die Verwaltung des eheweiblichen Vermögens nicht gehabt hat, nun dieselbe erlangen. Allein nach Particularrechten erhält er sie bisweilen hierdurch nur dann, wenn die venia aetatis ausdrücklich hierauf erstreckt ist[1142]). Wo den Mannspersonen vor der Volljährigkeit particularrechtlich die Verehelichung nicht gestattet ist, liegt in der von der Staatsgewalt ertheilten Dispensation davon und in der Erlaubniß zur Verehelichung auch zugleich die Großjährigkeitserklärung und mithin auch die Fähigkeit zur Ausübung aller dem Ehemanne als ehelichem Vormunde und als Herrn des Hauses zustehenden Rechte, mithin geht auch die Verwaltung des gesammten Frauengutes auf ihn über[1143]).

FF. Elterliche Vormundschaft[1144]).

Zweiter Abschnitt. Delation der Vormundschaft.

Einleitung. Nach römischem Rechte wird die Vormundschaft deferirt[1145]), d. h. das ius (nicht die administratio) tutelae und curationis im einzelnen Falle begründet durch Testament des Familienoberhauptes oder durch das Gesetz oder durch Anordnung der Obrigkeit, daher die Vormünder in testamentarii, legitimi und dativi zerfallen. So lange sich die schutzbedürftige Person noch in der Gewalt des Familienoberhauptes befindet, ist die Vormundschaft überflüssig; erst wenn diese Gewalt über dasselbe aufhört, macht sich die Vormundschaft nöthig, und diese fällt gesetzlich der Familie oder den nächsten Erben anheim (tutela und cura legitima). Diese natürliche Vormundschaft der Familie kann aber durch einseitigen letzten Willen des Familienoberhauptes (tutela testamentaria)

---

unter Altersvormundschaft stehenden Minderjährigen auch die Verwaltung ihres Vermögens an deren Ehemann übergeht, läßt aber den Vorbehalt der ferneren vormundschaftlichen Verwaltung der Vermögenssubstanz durch den Ehevertrag zu, wenn Grund zu der Besorgniß vorliegt, daß der Bräutigam sich in solchen Vermögensumständen oder in solchen Standes- und Gewerbsverhältnissen befinde, daß bei einer ihm eingeräumten Verfügung das Vermögen der Minderjährigen leicht gefährdet werden könnte. Dagegen bestimmt das preuß. Landrecht Th. II, Tit. 18, §. 782, daß, wenn die Ehe während der Vormundschaft geschlossen wird, die Gemeinschaft bis nach erfolgter Aufhebung der Vormundschaft ausgesetzt bleibe.

1142) Z. B. in Oldenburg. Circul. der Regierungscanzlei v. 3. December 1803.

1143) Vgl. Heimbach, Erört. aus dem gem. u. sächs. Civilr. u. Civilproc. Bd. 1, Nr. XXX, S. 135 flg.

1144) Da darüber bereits in dem Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 40 flg., 85 flg. gehandelt worden ist, so ist darauf zu verweisen.

1145) Der Ausdruck: tutela oder cura defertur, nach Analogie von hereditas, successio, bonorum possessio defertur, findet sich im römischen Rechte sowohl bei gesetzlichen, als testamentarischen und obrigkeitlichen Vormundschaften. L. 7. D. 4. 5. L. 1. 3. 6. D. 26. 4. L. 1. C. V. 30. L. 31. §. 1. 41. 45. D. 27. 1. Das Hauptwort: Delation der Vormundschaft ist neuerer Bildung.

aufgehoben werden. Wird keine dieser Vormundschaften deferirt oder sind sie, wenn sie auch deferirt werden, aus irgend einem Grunde unzureichend oder unwirksam, so bestellt die Obrigkeit Vormünder (tutores s. curatores dati ab his, qui ius dandi habent, tutela s. cura dativa im späteren Sinne des Wortes). Das ältere teutsche Recht kennt als Gründe, aus welchen Jemand Vormund werden kann, 1) eine allgemeine Rechtsregel, 2) eine Anordnung entweder des Mündels selbst oder desjenigen, welcher über diesen bisher die Vormundschaft geführt hat, 3) eine Verfügung der obervormundschaftlichen Behörde; der Vormund heißt im ersten Falle ein rechter, und wenn er ein Verwandter des Mündels ist, auch ein geborener, im zweiten ein gekorener, im dritten ein Vormund von Gerichtshalben oder ein gegebener Vormund. Von diesen verschiedenen Gründen, aus welchen Jemand nach älterem teutschen Rechte Vormund werden kann, ist bereits ausführlich in diesem Artikel gehandelt worden (vgl. Abschn. I. Abth. 2. A. BB. Nr. 1. 2. 3.). Wir haben uns daher auf die Darstellung der verschiedenen Delationsgründe der Vormundschaft nach römischem und nach heutigem Rechte zu beschränken. Bei der großen Aehnlichkeit zwischen den teutschen Entstehungsgründen der Vormundschaft und denen des römischen Rechtes war es sehr natürlich, daß das letztere sehr bald auch in dieser Beziehung gemeines Recht in Teutschland wurde. Die Gründe, aus denen Jemand zur Vormundschaft berufen werden kann, sind daher, wie im römischen Rechte, Gesetz, letzter Wille und Anordnung der obervormundschaftlichen Behörde, zu denen als eigenthümliche teutsche Begründungsarten noch die eigene Wahl des Mündels selbst und ein Vertrag dessen, welcher auch durch eine letztwillige Verfügung den Unmündigen einen Vormund hätte bestellen können, mit einem Dritten hinzutreten. Im römischen Rechte sind die Begründungsarten der tutela impuberum verschieden von denen der cura minorum. Da aber das teutsche Recht einen solchen Unterschied zwischen verschiedenen Gattungen der Vormundschaft niemals gekannt hat und man auch nach dem früher Bemerkten bei Einführung des römischen Rechtes annahm, daß das Kind bis zu seiner maior aetas einen Vormund haben müsse, so kann heutzutage die Vormundschaft über einen minor auf dieselbe Weise begründet werden, wie über einen impubes. Dies findet Bestätigung durch die Reichsgesetzgebung[1146]). Auf die Hauptabweichung des heutigen Rechtes von dem römischen in Bezug auf die Begründung der Vormundschaft darin, daß ersteres stets die obrigkeitliche Bestätigung eines jeden Vormundes überhaupt, gleichviel aus welchem Grunde er zur Vormundschaft berufen wird, verlangt, letzteres nur bei einem auf eine nicht giltige Weise durch letzten Willen ernannten Vormunde, wird man später kommen, wo von der Bestätigung der Vormünder die Rede sein wird.

1146) Reichspolizeiordn. v. 1548 Tit. 31, §. 1, v. 1577 Tit. 32, §. 1.

Erste Abtheilung. Gesetzliche Vormundschaft der nächsten Erben.

A. Römisches Recht.

AA. Allgemeine Grundsätze. 1) Begriff und Bedingungen. Hört die häusliche Abhängigkeit einer schutzbedürftigen Person eher auf, als dieselbe ihr eigener Vormund zu sein vermag, so erhalten nach älterem Rechte die mündigen Mitglieder desselben Hauses, nach neuerem die nächsten Blutsverwandten die Vormundschaft über dieselbe[1147]. Damit hängt die bereits früher bemerkte Natur dieser Vormundschaft zusammen. Insofern nämlich diese Vormünder gewöhnlich zugleich die nächsten Erben sind, erscheint deren Vormundschaft, besonders die Geschlechtstutel, ebensosehr als ein Recht als wie eine Pflicht, nämlich als ein Schutzmittel für die künftigen Erbansprüche[1148]. Die gesetzliche Regel, welche diese Vormundschaft deferirt, hat folgende eigenthümliche Voraussetzungen: 1) der Pflegebefohlene muß von jeder häuslichen Abhängigkeit frei sein; 2) der Vater oder Ehemann muß intestatus verstorben sein. Doch hat dieser Satz eine andere Bedeutung für die Tutel, als für die Cura. a) Die Tutel der sui heredes sowohl die muliebris als pupillaris kann der paterfamilias in seinem Testamente bestimmen, und eine solche Bestimmung muß den gesetzlichen Rechten der Familie vorgehen, weil das Testament überhaupt eine lex specialis ist, durch welche die lex generalis in den 12 Tafeln für den Fragefall aufgehoben wird. So lange also eine testamentarische Tutel möglich ist (gleichviel ob sie schon nach dem Civilrechte oder erst durch Confirmation rechtsbeständig ist), fällt die gesetzliche Tutel weg; erst wenn der paterfamilias als intestatus gestorben ist, findet sie statt[1149]. Als intestatus ist der paterfamilias ohne Zweifel dann zu betrachten, wenn er überall kein Testament gemacht hat, weil er dann auch nichts über die Tutel verfügen konnte[1150]; aber eben so gewiß ist auch dann, wenn er zwar ein Testament errichtet, darin aber nur über die familia oder pecunia, nicht aber über die tutela suae rei verfügt hat, mithin wenigstens in Bezug auf die Tutel intestatus verstorben ist[1151]), und zwar: aa) wenn er selbst factisch keinen testamentarischen Tutor ernannt hat, gleichviel ob dieses nicht möglich war, indem die schutzbedürftige Person kein suus heres, sondern emancipirt oder ein Freigelassener war, oder ob er eine Aenderung an der legitima tutela der Familie für unangemessen fand; bb) wenn er zwar eine testamentarische Tutel anordnete, die datio aber iure civili nichtig war (z. B. weil er eine Frauensperson oder eine incerta persona u. s. w. ernannt hatte) und auch nicht durch Confirmation

1147) Vgl. L. 3. §. 3. D. 22. 1. mit Nov. 118. cap. 4

1148) Gai. Inst. Comm. I. §. 192. L. 1. pr. D. 26. 4.

1149) L. 89. D. 50. 17. Gai. Inst. I. 155. pr. Inst. I. 15. L. 9. §. 1. D. 27. 3. L. 11. pr. D. 26. 2.

1150) L. 53. pr. D. 50. 16.

1151) L. 6. D. 26. 4., woraus §. 2. Inst. I. 15. entlehnt ist.

aufrecht erhalten werden konnte [1152]); cc) wenn er zwar eine testamentarische Tutel rechtsgiltig angeordnet hat, dieselbe aber durch den Tod oder die maxima oder media capitis deminutio des Tutors oder durch Resolutivbedingungen, oder Endtermine dergestalt erloschen ist, daß der Erblasser nachträglich in Bezug auf die Tutel intestatus wurde [1153]). So lange hingegen der Erblasser in Bezug auf die Tutel testatus ist, d. h. so lange noch eine juristisch giltige tutoris datio vorhanden ist, ist die legitima tutela ausgeschlossen, weil ihr das Testament als giltige lex specialis vorangehen muß. Dieser Grundsatz gilt sogar dann, wenn der testamentarische Tutor den praktischen Bedürfnissen des Pflegebefohlenen nicht genügt. Es finden sich davon folgende Anwendungen: aa) ist der testamentarische Tutor unter einer Bedingung oder ex die gegeben, so ist eine giltige datio vorhanden, obschon sie noch nicht wirksam ist; die legitima tutela ist folglich so lange ausgeschlossen, bis die Bedingung der testamentarischen Tutel entschieden ausgefallen ist; es gilt die Regel: quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare [1154]). Ist daher zum testamentarischen Tutor ein minor oder ein furiosus ernannt, folglich die Wirksamkeit der Tutel noch suspendirt, so kann die legitima tutela noch nicht Platz greifen, sondern es tritt ein interimistischer Tutor ein. bb) Excusirt sich der testamentarische Tutor oder wird er abgesetzt, so hört zwar die Ausübung der Tutel, nicht aber das ius tutelae oder die datio auf, wirksam zu sein. Der Erblasser ist also immer noch in Bezug auf die Tutel testatus und für die Vormundschaft der Familie ist kein Raum vorhanden [1155]). cc) Giebt es mehrere testamentarische Tutoren und die Tutel des einen erlischt dem Rechte selbst nach (z. B. durch Tod, capitis deminutio u. s. w.), so kann dennoch der nächste legitimus tutor noch nicht an seine Stelle treten, weil der Erblasser noch immer nicht in Bezug auf die Tutel intestatus genannt werden kann, so lange er noch einen testamentarischen Tutor hinterläßt [1156]). dd) Wenn der Erblasser zwei unmündigen Kindern einen testamentarischen Tutor giebt, eins aber mündig wird, also jetzt recht wohl die legitima tutela über das andere Kind übernehmen könnte, so dauert doch die testamentarische Tutel über das zweite noch unmündige Kind fort, weil die einmal giltig angeordnete testamentarische Tutel die legitima für immer ausschließt [1157]). b) Einen umfassenderen Sinn hat aber der Satz, daß der paterfamilias als intestatus gestorben sein muß, für die legitima curatio. Diese tritt nämlich nicht anders ein, als wenn der paterfamilias der schutzbedürftigen Person überhaupt intestatus gestorben ist. Hierin liegt folgendes: aa) er muß in Bezug auf die Cura intestatus

1152) L. 3. C. V. 35. L. 4. C. V. 29.
1153) L. 6. D. 26. 4. L. 2. Inst. I. 15. L. 11. §. 3. D. 26. 2.
1154) L. 11. pr. D. 26. 2.
1155) L. 11. §. 1. 2. D. 26. 2.
1156) L. 11. §. 4. D. 26. 2.
1157) L. 9. §. 1. fin. D. 27. 3. L. 3. C. V. 28.

sein, d. h. in seinem Testamente keinen Curator für seinen verschwenderischen oder wahnsinnigen filiusfamilias ernannt haben. Zwar ist die datio eines Curators nach altem Civilrechte völlig nichtig; aber nach späteren Rechtsgrundsätzen wird ein solcher letzter Wille wenigstens soweit berücksichtigt, daß der Magistrat den vom Vater vorgeschlagenen Curator bestätigt, welchenfalls die legitima curatio der Familie durch eine solche letztwillige Verfügung doch ausgeschlossen wird[1158]. bb) Der Erblasser des Verschwenders oder des Wahnsinnigen muß auch überhaupt ohne Testament verstorben, auch super pecunia intestatus sein[1159]. Hat also der Vater ein Testament errichtet und darin den verschwenderischen oder wahnsinnigen Sohn eingesetzt (oder auch wohl enterbt), so fällt die legitima curatio über ihn weg. Der Grund dieses Satzes ist nicht recht klar. Höpfner[1160] will unter dem aus dem Testamente Erbe gewordenen Sohne den Emancipirten verstehen. Dem steht, wie auch Rudorff bemerkt hat, entgegen, daß in Bezug auf den Emancipirten die Cura der Agnaten deshalb wegfällt, weil er keine Agnaten hat und eine Cura des Patrons nicht anerkannt ist, nicht aber deshalb, weil er im Testamente eingesetzt ist; denn auch, wenn der Vater ihn im Testamente präterirt hätte oder ohne Testament verstorben wäre, müßte dasselbe behauptet werden. Wahrscheinlich ist der Grund des Satzes vielmehr in der Verbindung zu suchen, in welcher die 12 Tafeln von der cura legitima handelten[1161]. Zuerst gestatteten nämlich die 12 Tafeln dem paterfamilias über Erbe und Tutel nach Willkür zu verfügen. Dann setzten sie aber hinzu: wenn er nicht also verfügt hätte, so sollte sowohl das Erbe als auch die Tutel und Cura auf die Agnaten und Gentilen fallen[1162]. In diesem Zusammenhange mußte die Bedingung der Tutel und Cura, welche in den Worten: „si intestato moritur" aufgestellt war, nothwendig auf zwiefache Weise ausgelegt werden. Für die Tutel war die natürlichste und einfachste Erklärung die: si, quantum ad tutelam, intestatus mortuus est, weil die 12 Tafeln das Testiren über die Tutel ausdrücklich gestatteten, und diese Erklärung der Worte hat auch in Bezug auf die Tutel Bestand gewonnen[1163]. Für die Cura hingegen konnten die Worte nur so verstanden werden: si omnino intestatus mortuus est, da die 12 Tafeln ein Testiren über die Cura gar nicht gestattet hatten, also hier mit dem Worte intestatus nur den Mangel eines Testamentes überhaupt meinen konnten.

2) Rechtsgrund der gesetzlichen Vormundschaft. Alle

1158) L. 16. D. 27. 10. Cf. L. 7. §. 6. C. V. 70. L. 27. C. I. 4.

1159) Ulpian. Fragm. Tit. XII. §. 3.

1160) Hoepfner, de lege Laetoria §. 3.

1161) Iac. Gothofred. ad L. XII. tabul. in Otto, Thes. iur. T. III. p. 106. Hugo, Gesch. des röm. Rechtes 10. Aufl. S. 159.

1162) L. 1. pr. D. 38. 6. Theophil. ad Inst. I. 17.

1163) §. 2. Inst. I. 15.

diese gesetzlichen Vormundschaften sind nach ihrem rechtlichen Charakter Familienrechte, iura agnationis, gentilitatis, patronatus, cognationis, d. h. sie sind rechtliche Verhältnisse, welche unmittelbare Ausflüsse und Zubehörden jener Familienverbindungen sind. Dieser Grundsatz hat folgende wichtige Folgen: a) Zum Erwerbe aller dieser Vormundschaften genügt das bloße Dasein der erforderlichen Verwandtschaft in gehöriger Nähe. Sie hängen daher in der Person entfernter Verwandter gar nicht davon ab, ob diese Erben der näheren geworden sind. Daher gelangt an den Sohn die Tutel und Cura schon mit dem bloßen Tode des Vaters von selbst, obschon er dessen Erbschaft noch nicht angetreten hat und auch noch nicht antreten konnte [1164]). Ebenso entzieht die Enterbung dem Sohne zwar die Erbschaft, nicht aber die Tutel und Cura [1165]), und die assignatio des oder der Freigelassenen von Seiten des Patrons an eines seiner Kinder entzieht den übrigen zwar die Erbschaft, aber nicht die Tutel über den Freigelassenen, welche ihnen vermöge des Patronatrechtes zusteht, und worüber der Vater weder letztwillig, wie über die tutela suae rei, noch unter den Lebendigen verfügen kann [1166]). Es giebt also auch bei der gesetzlichen Vormundschaft keine Delation iure hereditario, sondern nur ein descendere, d. h. ein Nachrücken des folgenden Grades [1167]). Dieses Nachrücken ist aber kein Beerben des früheren Grades, sondern ein bloßes Hervortreten des selbstständigen Rechtes des entfernteren, welchem bisher nur das bessere Recht des Näheren im Wege stand. Uebrigens findet diese successio graduum nur bei der gesetzlichen Vormundschaft statt; denn bei der Erbschaft gilt die Regel: in legitimis hereditatibus nulla est successio, weil die 12 Tafeln zu dieser ausdrücklich den agnatus proximus beriefen, während es hinsichtlich der Vormundschaft, wenigstens der Cura nur im allgemeinen hieß: agnatorum gentiliumque in eo potestas esto. b) Das ius tutelae und curationis als unmittelbare Folge des Familienverhältnisses bleibt dem Vormunde, so lange er sich in dem Verwandtschaftsverhältnisse selbst befindet. Durch seine Unfähigkeit oder Excusation oder Remotion verliert er mithin zwar die Ausübung der Vormundschaft, die Administration und auctoritas, nicht aber das Recht selbst; es kann folglich auch keine Succession des nächstfolgenden Grades eintreten, da dieselbe voraussetzt, daß kein Näherer zum ius tutelae vel curationis berufen ist. Indessen muß dem Pflegebefohlenen, der darunter nicht leiden darf, ein obrigkeitlicher Tutor oder Curator bestellt werden. In manchen Fällen, z. B. wenn der Tutor in feindliche Gefangenschaft gerathen ist, geschieht dies schon nach der lex Atilia; in anderen gestatten es erst spätere Volksschlüsse und Senatusconsulte, z. B. wenn der Geschlechtstutor abwesend oder unmündig oder wahnsinnig ist, an Taubheit oder Stummheit leidet

1164) L. 46. D. 10. 2.
1165) Gai. III. 58.
1166) L. 1. §. 3. D. 26. 4.
1167) L. 16. §. 1. D. 26. 1.

oder wenn der Pupillentutor excusirt oder removirt ist. Die Wirkung einer solchen datio ist verschieden bestimmt. Bald entzieht sie dem Unfähigen das ius tutelae nicht, z. B. bei der Geschlechtstutel, wenn dem Patron, bei der Cura, wenn dem Agnaten ein anderer substituirt wird; bald hebt sie auch das ius tutelae auf, z. B. wenn anstatt eines excusirten oder removirten Tutors ein anderer Pupillartutor ernannt wird. Nur wenn die Reihe der gesetzlichen Vormundschaft eine Frauensperson trifft, gilt dieselbe in dieser Beziehung als nicht vorhanden; folglich accrescirt die gesetzliche Vormundschaft sofort den übrigen legitimis desselben Grades oder sie gelangt in deren Ermangelung an den folgenden Grad [1168]). Mangelt es aber auch an einem folgenden Grade in der Familie, so muß die Obrigkeit einen Tutor bestellen, aber keinen außerordentlichen ex SCto, sondern einen ordentlichen ex lege Atilia, Iulia et Titia. Läßt also z. B. eine Frau ihre Sclavin frei, so muß sich diese Freigelassene ex lege Atilia einen Tutor erbitten, da ihre Patronin als Frau zur Vormundschaft unfähig ist und deren Söhne nicht ihren Namen führen und nicht zu ihrer familia gehören, indem jede Frau finis familiae ist [1169]). Da eine solche Ausschließung der Frauen ganz allgemein nur bei der legitima tutela vorkommt, bei der legitima hereditas hingegen nur in Bezug auf die entfernteren Agnatinnen, welche über die consanguineae hinaus sind, eintritt, so folgt, daß in diesem nächsten Grade Vormundschaft und Erbrecht niemals gleichen Schritt halten, indem jene blos den Männern, dieses dagegen auch den Frauenspersonen in diesem Grade zukommt [1170]). Nicht blos der allgemeine Charakter der Vormundschaft ist hier der Grund der Ausschließung der Frauen, sondern insbesondre noch die Vorschrift der 12 Tafeln, welche ausdrücklich nur die männlichen Agnaten und Gentilen zur gesetzlichen Vormundschaft beriefen. Hierdurch wird auch erklärlich, warum, wenn im näheren Grade ein Pupill stand, niemals Succession des nächsten Grades, sondern immer obrigkeitliche Bestellung eines interimistischen Vormundes stattfand. In Bezug auf die Geschlechtstutel wird dies ausdrücklich gesagt [1171]); hinsichtlich der Pupillentutel wird es zwar von Manchen bestritten [1172]); es liegt aber auch rücksichtlich dieser kein genügender Grund vor; es zu bezweifeln [1173]) und die gegentheilige Meinung scheint darauf zu beruhen, daß zwischen der Fähigkeit zur Ausübung

1168) L. 10. pr. D. 26. 4.

1169) Gai. I. 195.

1170) L. 1. §. 1. D. 26. 4.

1171) Gai. I. 177—179. Ulpian. Fragm. Tit. XI. §. 20. L. 61. pr. D. 23. 3.

1172) Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechtes Bd. 1, S. 899, N. 5. Schilling, Bemerk. über röm. Rechtsgesch. S. 52—54.

1173) L. 73. pr. D. 50. 17. L. 9. §. 1. D. 27. 3. Gegen die in diesen Stellen enthaltenen entscheidenden Zeugnisse kommen ungenaue Ausdrücke, wie bei Gai. I. 182. L. 4. 8. D. 26. 4. L. 16. §. 1. D. 26. 1. L. 10. §. 7. D. 27. 1., nicht in Betracht. S. Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 1, S. 198 flg.

und zum Rechte der Vormundschaft selbst nicht gehörig unterschieden wird. c) Der allgemeine Charakter der gesetzlichen Vormundschaft erklärt ferner das Recht der in iure cessio tutela und der cessitia tutela [1174]). Die in iure cessio ist ein Vindicationsproceß in der alterthümlichen Form einer legis actio, angewendet nicht behufs eines wirklichen Rechtsstreites, sondern zum Zwecke der Uebertragung eines Rechtes. Sie ist daher eine zur Auffassung aller Rechte, welche in Form einer vindicatio oder in rem actio per legis actionem bestritten werden können, dienliche Rechtsform. Solche Rechte sind die persönlichen, Familien- und dinglichen Rechte des alten Civilrechtes, nämlich die Freiheit von Sclaverei und mancipium, die potestas, der Patronat, die Agnation und Gentilität, das Eigenthum, die Servituten und der Ususfructus. Alle andere Ansprüche können nicht durch in iure cessio übertragen werden, weil sie nicht vindicirt, sondern entweder blos condicirt oder mit gar keiner actio verfolgt werden können, wie die Obligationen, das testamentarische Erbrecht und jede acquisita hereditas; bei der letzteren, da sie aus Eigenthum und obligatorischen Verhältnissen gemischt und das Erbrecht selbst unübertragbar ist, kann die in iure cessio als eine Vindication nur das vindicirbare Element, das Eigenthum, angreifen. In Bezug auf die Vormundschaft ist ein Gebrauch der in iure cessio blos bei der gesetzlichen, nicht auch bei der testamentarischen und obrigkeitlichen Vormundschaft denkbar. Denn nur bei der gesetzlichen, als einem Familienrechte, ist ein praeiudicium über die Vormundschaft möglich, und daher kann auch die in iure cessio, welche eine bloße Anwendung jenes praeiudicium ist, nur zur Uebertragung der gesetzlichen Familienvormundschaft gedient haben, wie sie ja aus gleichem Grunde nur bei der gesetzlichen, nicht aber bei der testamentarischen hereditas vorkommt. Allein der Gebrauch der in iure cessio ist bei der Vormundschaft noch beschränkter, als man nach allgemeinen Gründen glauben möchte. Sie findet sich nämlich nicht in allen Fällen gesetzlicher Vormundschaft, sondern blos bei der gesetzlichen Geschlechtstutel der Agnaten, Patrone und deren Kinder und parentes; dagegen ist sie bei der tutela muliebris fiduciaria, ingleichen bei der tutela legitima pupilli und der cura legitima furiosi und prodigi ausgeschlossen [1175]). Die Gründe, welche die römischen Juristen für diese Beschränkung angeben, sind unbefriedigend und zum Theil sonderbar. Nach Gajus soll bei der Pupillentutel die Cession deshalb unzulässig sein, weil diese Tutel überhaupt nicht als ein onus angesehen werden könne, da sie mit der Pubertät endige [1176]). Die Cession der fiduciarischen Geschlechtstutel erklärt er deshalb für unstatthaft, weil der fiduciarische Tutor, d. h. bei

1174) Gai. I. 168—171. Ulpian. Fragm. Tit. XI. §. 6. Tit. 19. §. 11. Küstner, de tutela cessitia. Lips. 1745. Schrader, in den Heidelb. Jahrb. v. 1823 S. 953. Pugge, im Rhein. Mus. 1827 S. 145—157.

1175) Gai. I. 168. 172. Ulp. Tit. XI. §. 6. 8. Tit. XIX. §. 11.

1176) Gai. I. 168.

ihm derjenige, welcher sich eine Frau von ihrem Vater oder coemtionator mancipiren läßt und sie darauf aus dem mancipium manumittirt, sich ja selbst dem onus der Geschlechtstutel unterworfen habe [1177]). Aber der onerose Charakter der Pupillentutel ist ja eben vorzugsweise und entschieden im römischen Rechte anerkannt [1178]) und der bei der fiduciarischen Tutel angeführte Grund paßt gar nicht auf die Söhne des parens manumissor, die doch auch nicht zur in iure cessio berechtigt sind. Der wahre Grund jener Beschränkung der Cession auf die gesetzlichen Frauentutoren (Agnaten, Patrone, parentes) ist also, wie Rudorff bemerkt hat, wohl der, daß blos ihre Tutel ein reines, willkürlich disponibles Privatrecht ist, weil sie zum Schutze ihres künftigen Erbrechtes dient, während die übrigen gesetzlichen Vormundschaften weniger diesen Charakter haben, am wenigsten aber die Pupillentutel und die legitima curatio, welche um der Pflegebefohlenen selbst willen angeordnete Schutzverhältnisse sind und daher nicht nach dem einseitigen Interesse der Vormünder behandelt werden können. Die Form der in iure cessio kann hier außer Betracht bleiben. Rudorff [1179]) vermuthet, daß die Cessionsformel hier nicht auf die tutela sowie auch bei der in iure cessio hereditatis nicht auf die hereditas, sondern in beiden Fällen auf die Agnation, Gentilität, Patronat u. s. w. gerichtet gewesen sei, folglich etwa so gelautet habe: aio me agnatum, patronum oder parentem illius mulieris esse [1180]), weil, wenn eine Vindication der tutela oder hereditas überhaupt zulässig gewesen wäre, sich nicht einsehen ließe, weshalb nicht auch testamentarische Tutel und Erbschaft oder die acquisita hereditas als res incorporalis hätte cedirt werden können [1181]). Die Wirkung der Cession besteht darin, daß sie das Recht des Cedenten auf den cessitius tutor [1182]) überträgt. Da nun dieses Recht ein Familienrecht ist, so folgt, daß, sobald der Cedent durch Tod oder capitis deminutio zur Familie zu gehören aufhört, die tutela cessitia erlöschen muß, da nunmehr der folgende Grad ihm nachzurücken befugt ist [1183]). Auf der anderen Seite muß aber auch der Tod oder die capitis deminutio des cessitius tutor die Folge haben, daß die Tutel zerstört wird und auf den Cedenten zurückfällt, weil ihm nur ein höchstpersönliches, durch Tod oder capitis deminutio zerstörbares Recht übertragen worden war, und er namentlich durch capitis deminutio das zu sein aufgehört hatte, wofür er in der addictio anerkannt worden war [1184]). Das Schicksal der

---

1177) Gai. I. 172.
1178) L. 3. 31. D. 27. 1.
1179) Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 1, S. 202.
1180) Arg. Vat. Fragm. §. 50.
1181) Von Rudorff weicht etwas ab die Darstellung von Pugge im Rhein. Mus. 1827 S. 151.
1182) Gai. I. 169.
1183) Ulp. Tit. XI. §. 7. Gai. I. 170.
1184) Vgl. die in der vorigen Note angeführten Stellen. So erklärt sich dieser Satz, auch wenn man nicht annimmt, daß der cessitius tutor nur ein Agnat

cessitia tutela konnte nur dann zweifelhaft sein, wenn der cessitius tutor dieselbe einem Dritten weiter cedirt, da bei dem Usufructus die Wirkung einer solchen Cession bestritten war[1185]). Bei der Tutel wurde aber, wie Ulpian berichtet, eine solche Cession als ein feierlicher Verzicht betrachtet, welcher bewirkte, daß die Tutel an den Cedenten zurückfiel[1186]). Wirklich konnte hier kaum anders entschieden werden; denn eine Uebertragung der Tutel an den Dritten konnte man deshalb nicht annehmen, weil nur diejenigen Geschlechtstutelen, welche selbstständige provisorische Erbrechte sind, cedirt werden können, zu welchen aber die cessitia tutela ebensowenig gehört wie die fiduciaria. — Das Institut der cessitia tutela findet sich im Justinianeischen Rechte nicht. Zuerst fiel die Cession der Agnatentutel weg, nachdem die lex Claudia diese Tutel aufgehoben hatte[1187]). Die classischen Juristen kennen daher nur noch eine in iure cessio der tutela legitima libertae oder a parente manumissae[1188]). Als aber diese Tutelen später ebenfalls untergingen und im Justinianeischen Rechte nur noch Pupillentutelen übrig blieben, verloren sich auch die letzten Anwendungen der Cession, so daß dieselbe in den Justinianeischen Rechtsbüchern spurlos verschwunden ist. d) Da die Familienverbindung durch capitis deminutio eines Mitgliedes zerstört wird, so folgt, daß auch die gesetzlichen Vormundschaften, welche unmittelbare Folge dieser Verbindung sind, durch capitis deminutio des Tutors und des Pflegebefohlenen aufgehoben werden müssen[1189]). Doch ist der erforderliche Grad der capitis deminutio im älteren und neueren Rechte verschieden. Ein Mitglied der römischen Familie tritt schon durch minima capitis deminutio aus der Familie aus. Wenn also ein Vater einen von zwei Söhnen emancipirt, so kann später keiner über den anderen die tutela oder cura furiosi und prodigi iure agnationis führen; nur der zurückgebliebene kann fiduciarischer Tutor des Emancipirten sein[1190]). Wird nach dem Tode des Vaters oder nach der Freilassung der Pflegling alieni iuris (durch Arrogation oder Coemtion), so erlischt die Tutel und Cura der Agnaten, in welcher er bisher stand, ebenso die fiduciarische und patronatische Tutel[1191]). Wird nach des Vaters Tode oder nach der Freilassung der Vormund arrogirt, so verliert er mit dem Agnations- und Patronatrechte seine Vormundschaft und kann daher nicht nur mit der tutelae actio belangt werden[1192]),

---

habe sein dürfen. Letzteres ist die Annahme von Jac. Gothofredus zu L. 1. Th. C. III. 17.

1185) S. Puggé a. a. O. S. 145—157.

1186) Ulp. Tit. XI §. 7. Von Gajus wird der Fall nicht berührt.

1187) Gai. I. 157. 171. Ulp. Tit. XI. §. 8.

1188) Gai. I. 172. Ulp. Tit. XIX. §. 11.

1189) Davon handeln Gai. I. 158—163. Ulp. Tit. XI. §. 9—13. Inst. I. 16.

1190) Gai. I. 163. nach der Ergänzung von Huschke.

1191) L. 2. D. 26. 4.

1192) L. 5. §. 5. D. 26. 4.

sondern bewirkt auch, daß der in der agnatischen oder patronatischen Familie ihm Nachfolgende aufrückt[1193]). Dies galt nach älterem römischem Rechte. Erst nach einer Verordnung von Anastasius soll die capitis deminutio den Emancipirten nicht von der Tutel und Cura seiner Brüder und von der Tutel seiner Neffen befreien[1194]) und Justinian will selbst blos cognatische Brüder und Geschwistersöhne, welche niemals zur Familie gehörten, zur Tutel ihrer Geschwister, Oheime und Tanten gelassen wissen[1195]). Seitdem endlich im neuesten römischen Rechte überhaupt nur den Cognaten Tutelen und Curationen deferirt werden, werden durch capitis deminutio minima nur patronatische Tutelen, die übrigen aber nur durch capitis deminutio maxima und media verloren[1196]). Für das heutige Recht ist dies ohne Bedeutung, da die höheren Grade der capitis deminutio in Teutschland nicht mehr vorkommen.

BB. Einzelne gesetzliche Vormundschaften.

1) Gesetzliche Vormundschaft der Agnaten und Gentilen[1197]). Was die Subjecte betrifft, welchen die gesetzliche Vormundschaft zusteht, so ist zwischen den Grundsätzen des älteren und denen des neueren Rechtes zu unterscheiden. Nach dem älteren Rechte kommt die Vormundschaft über nicht freigelassene Schutzbedürftige den Agnaten und Gentilen, über Freigelassene aus der Sclaverei und aus dem mancipium den Manumissoren zu. Nach dem neueren Rechte hingegen gebührt sie in allen Fällen, mit Ausnahme der Freilassung aus der Sclaverei, den Cognaten, in der Regel den männlichen, bisweilen auch den nächsten weiblichen. — Die Vormundschaft der Agnaten und Gentilen (*ἀγχιστεῖς*) ist ursprünglich sehr allgemein verbreitet, hat aber später überall der cognatischen weichen müssen, ebenso wie auch das Erbrecht der Agnaten und Gentilen allmälig auf die Cognaten übergegangen ist. Wirft man zuvörderst einen Blick auf die griechischen Einrichtungen, so findet sich schon in den Gesetzen des Charondas die *ἀγχιστεία* zur Verwaltung des Vermögens, die Mutter und die Cognaten aber nur zur Erziehung berufen[1198]). Ebenso hatte in Sparta der nächste Erbe von väterlicher Seite die Vormundschaft über die unmündigen Agnaten und Agnatinnen; Lycurgus führte in dieser Eigenschaft die Vormundschaft über seinen Neffen[1199]). Das attische Recht folgt wenigstens bei der Geschlechtstutel entschieden derselben Ansicht. *Κύριος* einer Frau oder Jungfrau ist nämlich ihr

1193) L. 3. §. 9. D. 26. 4. Gai. I. 195. 162. III. 82.
1194) L. 4. C. V. 30. L. 5. C. V. 70.
1195) L. 15. §. 2—4. C. V. 30.
1196) Gai. I. 158. III. 27. L. 8. D. 50. 17. §. 11. Inst. III. 1.
1197) Hauptquelle ist Inst. Lib. I. Tit. 15. de legitima agnatorum tutela.
1198) Diodor. Sic. XII. 81.
1199) Aelian. XIII. 23. Aristot. Polit. II. 8. Iustin. Hist. Phil. III. 2.

nächster Verwandter von der väterlichen Seite nach der Ordnung der *ἀγχιστεία*, also der frater consanguineus, der Neffe u. s. f. Ist sie aber eine Epiklere, so ist ihr eigener Sohn ihr *κύριος*, da dieser in das Haus seines mütterlichen Großvaters durch Adoption eintritt, mithin gewissermaßen consanguineus seiner eigenen Mutter wird[1200]). Noch unter Hadrian kommt ein Kaufcontract vor, in welchem eine Frau *μετὰ κυρίου τοῦ ὁμοπατρίου ἀδελφοῦ* auftritt[1201]). Was die attische *ἐπιτροπή* betrifft, so soll ein Gesetz des Solon von dieser Vormundschaft die nächsten Agnaten, welche nach dem Tode des Pupillen dessen Erben sein würden, ausgeschlossen haben[1202]). Nach anderen Zeugnissen, welche glaubwürdiger sind, war indessen der Oheim und überhaupt jeder Nächste aus dem Geschlechte durch das Gesetz (*κατὰ νόμον*) zur *ἐπιτροπή* über seine Agnaten berufen[1203]). Deshalb bezweifeln neuere Bearbeiter des attischen Rechtes das Dasein jenes solonischen Gesetzes[1204]). — In Rom waren schon durch die 12 Tafeln die Agnaten und Gentilen zur gesetzlichen Vormundschaft berufen[1205]). Die 12 Tafeln nennen aber nur die wichtigsten damals anerkannten Vormundschaften, als den Agnaten (und Gentilen) gesetzlich zustehend, nämlich nur die tutela[1206]), d. h. die tutela pupilli et pupillae, die tutela muliebris und die cura furiosi[1207]) und prodigi[1208]). Die übrigen Curatelen waren niemals gesetzliche Familienrechte, sondern sind immer nur von der Obrigkeit verliehen worden. Was zunächst die Agnaten insbesondre anlangt, so ist der allgemeine Begriff der Agnaten von dessen Anwendung auf Vormundschaft und Erbrecht zu unterscheiden. Im allgemeinen sind Agnaten unter einander alle männlichen und weiblichen, freien, nicht freigelassenen Mitglieder eines und desselben durch den Tod des gemeinschaftlichen paterfamilias aufgelösten römischen Hauses, mithin alle Freien beider Geschlechter, welche der patria potestas oder manus desselben Hausvaters entweder wirklich unterworfen sind oder doch unter-

1200) Demoth. c. Stephan. 1135 6. Isaeus 215. 8. 261. 8. Auch nach einer lex Bithynorum bei Gai. I. 193. war der filius pubes Geschlechtstutor seiner Mutter.

1201) S. Martin im Journal des Savans 1822 p. 555.

1202) Diog. Laert. I. 56. Cf. Walch, de tutela impuberum Attica. Gott. 1767.

1203) Isäus, Erbsch. des Aristarch. S. 213, 10. Isaeus E. d. Dicaeogen. 93. 2. Die Stellen sind abgedruckt bei Rudorff Bd. 1. S. 208, N. 6.

1204) Meier u Schömann, att. Proceß S. 446—448. Heffter, athen. Gerichtsverf. S. 251 flg.

1205) Dirksen, Zwölftafelfragmente S. 302—309, 364—380.

1206) Ulp. Tit. XI. § 2. 3. L. 1. pr. D. 26. 4.

1207) Cic. de Inv. II. 50. Auct. ad Herenn. I. 13. Cic. Tusc. quaest. III. 5.; de republ. III. 33. Gai. II. 64. Ulp. Tit. XII. §. 2. Varro, de re rust. I. 2. Colum. I. 3. L. 53. pr. D. 50. 16. Auch gehören hierher die zahlreichen bei Rudorff §. 29, N. 10, Bd. 1, S. 209 angeführten Stellen, wo agnatus furiosi für curator furiosi legitimus gebraucht wird.

1208) Ulp. Tit. XII. §. 2. §. 3. Inst. I. 23. L. 3. pr. D. 26. 2. L. 1. 13. D. 27. 10. L. 18. D. 28. 1. L. 5. §. 1. D. 29. 2. Val. Max. III. 5. 2.

worfen sein würden, wenn er noch lebte. In der Anwendung auf die gesetzliche Tutel und Cura werden aber nur die Männer in der familia als Agnaten betrachtet, da Frauenspersonen nicht Vormünderinnen sein können. Die Rangordnung unter mehreren Agnaten ist gleich bei der gesetzlichen Vormundschaft und bei dem gesetzlichen Erbrechte, d. h. auch in der Tutel und Cura geht der im Grade nähere dem entfernteren vor, und erst mehrere gleich nahe Agnaten werden Contutoren oder Concuratoren[1209]. In Ermangelung der Agnaten berufen die 12 Tafeln die Gentilen zur Vormundschaft. Für die cura furiosi haben wir ausdrückliche, bereits angeführte Zeugnisse (s. Note 1207); für die cura prodigi folgt es theils aus deren naher Verbindung mit der cura furiosi, theils aus dem Zwecke der Interdiction, der gens die bona zu erhalten[1210]. Für die Tutel über Frauen und Pupillen haben wir aber kein Zeugniß; möglicher Weise könnte Gajus, welcher (III. 17.) auf die im ersten Buche seiner Institutionen gegebene Erklärung des Begriffes der Gentilen verweist, diesen Begriff bei Gelegenheit der Tutel oder der cura furiosi und prodigi bestimmt haben; es ist aber an beiden Stellen, wo davon die Rede gewesen sein könnte, das Manuscript lückenhaft. Gegen die Existenz der Gentilentutel beweist aber weder das Stillschweigen der alten Juristen, noch der praktische Einwurf, daß wegen der Menge der Gentilen die gemeinschaftliche Verwaltung unbequem gewesen sein würde; denn die praktische Unbequemlichkeit war bei der legitima curatio gentilium auch vorhanden und konnte durch in iure cessio oder durch Uebertragung der Administration durch Decret auf Einen gentilis gemildert oder aufgehoben werden. Entscheidend für die Tutel der Gentilen aber ist die Analogie des gentilischen Erbrechtes. Wir halten uns, da der Begriff der Gentilen ein sehr bestrittener ist, dabei nicht weiter auf und bemerken nur noch, daß der Ordnung nach die Gentilen auf die Agnaten folgten. Zum Verfall des bisher nach den 12 Tafeln dargestellten Systems der Tutel und Cura der legitimi trugen folgende Momente bei: a) Der Wegfall der Tutelen und Curationen der Gentilen hatte im Aussterben der patricischen Geschlechter (denn auf diese mögen sich doch die Gentilen beschränkt haben) seinen Grund. Cicero und Varro gedenken ihrer noch, und von gentilitia iura im allgemeinen ist unter Augustus, ja noch unter Trajan die Rede; Gajus und Ulpian bezeichnen sie aber in historischen Büchern als veraltet und in praktischen Werken erwähnt letzterer sie nicht einmal mehr[1211]. b) Was die übrigen gesetzlichen Vormundschaften der Agnaten anlangt, so hob die lex Claudia die tutela derselben über feminae auf[1212]. Damit war wohl nur die tutela muliebris der Agnaten,

1209) Gai. I. 164. L. 9. D. 26. 4. Vgl. L. 8. D. eod.
1210) Val. Max. III. 5. 2.
1211) Gai. III. 17. Ulp. in der Coll. LL. Mos. et Rom. XVI. 4. vgl. mit Ulp. Tit. XI. §. 4. Tit. XII. §. 2.
1212) Gai. I. 157. 171.

die Geschlechtstutel über mündige Agnatinnen gemeint, weil nur diese veraltet und durch ihre große Strenge beschwerlich geworden war, während kein Grund einzusehen war, auch über pupillae feminae den Agnaten die Tutel zu entziehen, da man sie ihnen doch über pupilli masculi entschieden lassen wollte. Weil aber der Buchstabe der lex Claudia auch auf pupillae paßte, so beriefen sich später, wo die Geschlechtstutel schon veraltet, die Pupillentutel aber nur eine Last war, die Agnaten auf dieses Gesetz, um auf dessen Grund die Pupillentutel über unmündige Agnatinnen abzulehnen. Allein eine Verordnung Constantin's von 326 verbot diese Chicane[1213]. c) Die noch übrigen Vormundschaften der Agnaten, nämlich die tutela impuberum und die cura furiosorum und prodigorum, sind denselben bis auf Justinian's Novelle 118 im ganzen verblieben. Doch wurden bereits vorher einige Cognaten in die Reihe der Agnaten aufgenommen. So soll der Sohn die Cura über seine wahnsinnige Mutter führen, da er seit dem SC. Orficianum ihr Erbe wird[1214]. Ferner sollen nach einer Verordnung von Anastasius emancipirte Kinder unter dem Vorwande der capitis deminutio sich nicht mehr der Tutel und Cura über ihre unmündigen oder wahnsinnigen Geschwister und der Tutel über ihre unmündigen Neffen entziehen können, weil sie am Vermögen der Geschwister Erbrecht erlangt haben und daher auch die Last der Vormundschaft tragen müssen[1215]. Justinian berief sogar die fratres uterini und die Söhne der Schwestern zur Tutel über die Geschwister und Oheime[1216]. Selbst einige weibliche Cognaten, nämlich die Mutter und Großmutter, sind zur Tutel zugelassen worden. Durch die Novelle 118 ist endlich das alte Recht der Agnaten und Gentilen auch dem Principe nach gestürzt und die Vormundschaft der Cognaten an dessen Stelle gesetzt worden.

2) Gesetzliche Vormundschaft der Patrone. Für den Fall, daß die schutzbedürftige Person durch Freilassung aus der Sclaverei sui iuris geworden ist, bestimmten die 12 Tafeln nicht, wer die Tutel oder Cura führen sollte. Sie beriefen aber in diesem Falle zur legitima hereditas den Manumissor und dessen Familie namentlich[1217], und da sie die gesetzliche Tutel als Annexum der legitima hereditas betrachteten, so wurde durch die Interpretation auch die tutela liberti impuberis und libertae „per consequentiam“ dem Patrone und seiner Familie eingeräumt. Heißt also diese tutela doch eine legitima, so hat dies nicht die Bedeutung, daß sie auf dem Buchstaben der 12 Tafeln beruht, sondern nur die, daß sie durch Interpretation aus dem Geiste des Gesetzes abgeleitet ist, oder wenigstens, daß sie im alten ius civile begründet

1213) L. 2. Th. C. III. 17.
1214) L. 4. C. V. 70. Nov. 115. cap. 3. §. 12.
1215) L. 4. C. V. 30. L. 5. C. V. 70.
1216) L. 15. §. 2—4. C. VI. 58.
1217) Gai. III. 40. 49. Ulp. Tit. XXIX. §. 1. L. 195. §. 1. D. 50. 16. Theoph. ad Inst. I. 17. pr. Inst. III. 8.

ist[1218]). Dagegen ist eine gesetzliche curatio prodigi und furiosi liberti dem Patrone nicht eingeräumt, da man wenigstens die erstere nur als ein Annexum des Erbrechtes an den bona paterna und avita der gens zu betrachten pflegte, solche Güter aber bei einem Freigelassenen, welcher ja keine Ahnen hat, gar nicht vorkommen können[1219]). Der Begriff der patronatischen Familie unterscheidet sich von dem der agnatischen nur relativ, indem dieselben Personen, welche, wenn der libertas, anstatt der dominica potestas, der patria potestas oder manus des paterfamilias unterworfen gewesen wäre, seine Agnaten sein würden, nunmehr seine Patronenfamilie bilden. Innerhalb dieser Familie wird jedoch noch der Patron selbst von den übrigen Mitgliedern unterschieden. Patron ist ursprünglich derjenige, welcher einen Sclaven durch eine feierliche Manumission (censu vindicta, testamento) aus seinem dominica potestas dergestalt entlassen hat, daß derselbe recht frei (liber und civis Romanus) geworden ist. Gleichgiltig ist, ob er sich aus eigenem Antriebe oder in Folge einer dem Sclaven hinterlassenen fideicommissaria libertas zur Freilassung entschlossen hat[1220]). Später ist man weiter gegangen und hat auch demjenigen Patronatrechte beigelegt, aus dessen Gewalt der Sclave blos durch allgemeine Rechtsregel befreit worden ist, namentlich demjenigen, welcher einen Sclaven unter der Bedingung der Manumission gekauft und diese Bedingung nicht zu rechter Zeit erfüllt hat, welchenfalls der Sclave nach einer Constitution von Marcus Aurelius an Aufidius Victorinus ipso iure ohne Manumission frei und Freigelassener des Käufers wird[1221]). Nur wird dabei vorausgesetzt, daß der Herr nichts unternommen hat, um ihn um die Freiheit zu bringen; denn sonst verliert dieser die Patronatrechte. Bemerkenswerthe Fälle dieser Art sind besonders folgende zwei. War Jemand in einem Fideicommiß um Manumission eines Sclaven ersucht worden, der Sclave beantragte auch bei dem betreffenden Prätor die Vollziehung des Fideicommisses, der Beklagte aber verbarg sich arglistig oder blieb auf geschehene Vorladung aus, so konnte nach einem SC. Rubrianum unter Trajan der Sclave zur Strafe Ungehorsams des mit der fideicommissaria libertas Belasteten durch ein Decret des Fideicommißprätors für frei erklärt werden[1222]). In diesem Falle sollte nun zwar der Fiduciar die hereditas liberti behalten; das ius patroni hingegen sollte ihm zur Strafe entzogen sein, und der Freigelassene als orcinus libertus, d. h. als Freigelassener des Testators oder vielmehr (da dieser bereits todt ist,

---

1218) Gai. I. 165. pr. Inst. I. 17. Ulp. Tit. XI. §. 3. L. 3. pr. §. 1. D. 26. 4.

1219) Ulp. Tit. XII. §. 3. Paul. Sent. Lib. III. Tit. IVa. §. 7. Val. Max. III. 5. 2.

1220) L. 3. §. 1. D. 26. 4.

1221) L. 3. §. 2. D. 26. 4. Cf. L. 1. 3. 4. 6. pr. L. 9. D. 40. 3. L. 3. §. 10. D. 18. 7. L. 8. §. 1. D. 37. 14. L. 10. D. 40. 1. L. 2. 3. 6. C. IV. 57.

1222) L. 26. §. 7 sq. L. 28. §. 1. L. 33. §. 4. L. 49. D. 40. 5.

wenn die Freiheit wirksam wird) der Familie desselben betrachtet werden. Eine Folge davon ist dann, daß auch die Tutel dieser Familie, und zwar, wie bei allen orcini liberti, gleich im ersten Grade den Kindern des Patrons zukommt[1223]). Der zweite hier noch anzuführende Fall enthält eigentlich blos eine Erweiterung des ersten. Sucht nämlich der Fiduciar auf irgend eine Weise boshaft die Vollziehung der fideicommissaria libertas zu hindern, z. B. durch verzögerte Erbschaftsantretung u. s. w. (si subvertere velit fideicommissam libertatem), so soll er nach einem Rescripte von Antoninus Pius an Aurelius Bassus ebenfalls zwar die hereditas behalten, das ius patroni aber und folglich auch die Tutel zur Strafe seiner Arglist verlieren. Die Freiheit wird nämlich auch hier als eine directa libertas und der wider den Willen des Fiduciars durch Decret frei erklärte Sclave als orcinus libertus betrachtet, so daß die Tutel sofort den Kindern des Testators deferirt wird[1224]). Die familia patroni enthält hier die gesammte agnatische Descendenz. Sowie indessen zur Familie der Agnaten und Gentilen in Beziehung auf die Vormundschaft die Agnatinnen nicht mitgezählt werden, so ist auch eine manumittirende Frau oder die weibliche agnatische Descendenz eines manumittirenden Mannes in Ansehung der Tutel als nicht vorhanden zu betrachten[1225]), obgleich sie rücksichtlich der hereditas sowohl nach den 12 Tafeln, als nach der lex Papia Pappaea, als patronae oder patronatische Verwandte gelten. Der Grund der Ausschließung ist auch hier, wie bei den Agnaten, die Unfähigkeit der Frauenspersonen zur Vormundschaft, daher selbst die übrigen iura patroni auch Weibern zustehen können. Die Tutelfolgeordnung der patronatischen Familie ist ebenfalls im ganzen die des älteren patronatischen Erbrechtes der 12 Tafeln. Denn die Regel: quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, gilt auch hier, und nur dann, wenn die hereditas einer Frau anheimfällt oder nach dem SC. Rubrianum und der Constitution von Antoninus Pius dem Fiduciar gelassen oder durch Assignation Einem mehrerer Kinder übertragen wird[1226]), fallen Tutel und Erbrecht ausnahmsweise auseinander. Diese Ordnung ist nun aber auch hier, wie bei den Agnaten, eine reine Gradualfolgeordnung, da Agnation und Patronat nur relativ verschiedene Begriffe sind. Unter mehreren patronatischen Verwandten geht also der im Grade Nähere vor, und erst mehrere gleich nahe kommen gemeinschaftlich zur Tutel. Beide Grundsätze kommen jedoch hier in einer dem patronatischen Verhältnisse eigenthümlichen Anwendung vor. Es ist nämlich ein Miteigenthum Mehrerer an einem Sclaven möglich und so auch eine Freilassung desselben von Seiten dieser Miteigenthümer. In diesem Falle sind sämmtliche männliche com-

1223) L. 3. §. 3. D. 26. 4.

1224) L. 1. §. 3. D. 26. 4. L. 12. C. VII. 2. Cf. Wenk, D. Pius. (Lips. 1805) c. 4. p. 48—52.

1225) Gai. I. 195. III. 153. L. 1. §. 1. D. 26. 4.

1226) L. 1. §. 1. 3. D. 26. 4.

patroni ohne Rücksicht auf die Quote ihres Eigenthums an dem Sclaven zur Tutel über denselben berufen[1227]. So lange nun noch Einer dieser Compatronen lebt und zur Tutel fähig ist, so lange rückt der folgende Grad, z. B. der Sohn des verstorbenen oder capite deminuirten Compatrons nicht auf[1228]. Erst nach dem Tode oder der capitis deminutio sämmtlicher Compatrone rückt der folgende Grad, nämlich die sämmtlichen filii patronarum nach[1229], und erst in Ermangelung dieser kommt die Reihe an die Enkel u. s. f., so daß also der Sohn des einen Patrons den Enkel von einem verstorbenen Sohne des anderen Patrons einstweilen ausschließt[1230]. — Der Manumissor ist nach dem früher Bemerkten nur dann Patron, mithin auch nur dann Tutor, wenn der Freigelassene durch die Manumission recht frei geworden ist. Hat er keine iusta libertas erlangt, so ist er nach älterem römischen Rechte überhaupt nicht frei geworden, sondern in der dominica potestas geblieben; es entsteht schon deshalb keine Frage nach einer Tutel über ihn. Später sind aber durch die lex Aelia Sentia und Iunia Norbana zwei Fälle aufgekommen, in welchen der Freigelassene keine iusta libertas erlangt, aber auch nicht Sclave bleibt, sondern seinem Stande nach Latinus oder peregrinus (dedititiorum numero) wird, mithin allerdings einen Tutor nöthig hat. In beiden Fällen ist eigentliche Patronentutel nicht anwendbar und es waren deshalb positive Bestimmungen nothwendig, wie es mit der Tutel gehalten werden sollte. Solche positive Bestimmungen enthält für den Latinus Iunianus schon die lex Iunia selbst, nach welcher sowohl die Geschlechtstutel, als auch die Pupillentutel über die Latinen demjenigen zustehen soll, in dessen quiritarischem Eigenthum dieselben auch vor der Manumission sich befunden haben. Hiernach ist es möglich, daß die Tutel und das Erbrecht in diesem Falle an verschiedene Personen fallen. Stehen nämlich das quiritarische und das bonitarische Eigenthum verschiedenen Personen zu, der bonitarische Eigenthümer manumittirt aber den Sclaven und macht ihn dadurch zum Latinen, so fallen die bona Latini auf den letzteren, weil die lex Iunia in Ansehung derselben nichts am älteren Rechte ändern will, nach älterem Rechte aber eben der Erwerb des Latinus iure peculii dem bonitarischen Eigenthümer zugekommen wäre[1231]. Die Tutel hingegen wird dem quiritarischen Eigenthümer deferirt. Beides, Tutel und Vermögen, fällt mithin nur dann zusammen, wenn derselbe Herr den Sclaven im vollen Eigenthum hatte und der Grund der unvollkommenen Freiheit nur in der mangelhaften Form der Freilassung oder in der zu großen Jugend des im Testamente freigelassenen Sclaven lag[1232]. Der Grund der Verschiedenheit

1227) L. 3. §. 4. D. 26. 4. Gai. III. 59.
1228) L. 3. §. 4. 5. D. 26. 4.
1229) L. 3. §. 6. D. 26. 4.
1230) L. 3. §. 7. D. 26. 4.
1231) Gai. III. 56. 166.
1232) Gai. I. 167. Ulp. Tit. XI. §. 19.

dieser Bestimmungen über Tutel und Erbrecht ist dieser, weil die Tutel nicht, wie der Anspruch auf die bona, Folge des bonitarischen Eigenthums, sondern des Patronatrechtes ist, letzteres aber dem quiritarischen Eigenthümer zustehen würde, sobald er in feierlicher Form freigelassen hätte. Die Succession in diese Tutel kann sich natürlich nur nach dem Erbrechte, nicht nach Patronatrecht richten. Stirbt also z. B. der quiritarische Eigenthümer, nachdem er seinen Sohn enterbt und einen Dritten eingesetzt hat, so kommt letzterem die Tutel zu, weil ihm das ius Quiritium an dem Latinus zugefallen und damit die Tutel verbunden ist. Wiederholt aber der quiritarische Eigenthümer die Manumission, so geht seine Tutel in die gewöhnliche patronatische über. Ueber die Tutel der dedititiorum loco constituti fehlen die genaueren Bestimmungen, weil nicht leicht ein Pupill oder eine Sclavin die Verbrechen begehen oder die Strafen erleiden wird, welche Bedingungen dieser niedrigsten Stufe der Freiheit sind. Nach der Aufhebung dieser beiden Arten unvollkommener Freigelassener durch Justinian kann im neuesten römischen Rechte nur von cives Romani liberti und von eigentlich patronatischen Tutelen die Rede sein. Unter diesen ist nun die Geschlechtstutel über libertae schon vor Justinian, zwar nicht durch die lex Claudia aufgehoben, aber mit der Geschlechtstutel überhaupt allmälig in Wegfall gekommen[1233]). Es ist demnach im Justinianeischen Rechte nur noch eine legitima tutela impuberum für die patronatische Familie übrig, welche derselben noch unter Justinian ganz in derselben Weise deferirt wird, wie im älteren Rechte, weshalb auch die unveränderte Aufnahme der Darstellung des Gajus in die Institutionen möglich war. Alle späteren Veränderungen am patronatischen Erbrechte, sowohl durch die lex Papia als durch spätere Gesetze, haben mithin auf die Tutel keinen Einfluß gehabt.

3) Gesetzliche Tutel der Manumissoren aus dem Mancipium und ihrer Descendenten (fiduciarische Tutel)[1234]). Neben der Freilassung aus der Sclaverei findet sich im römischen Rechte noch eine zweite, nämlich die Entlassung eines Mancipirten aus der der herrschaftlichen ähnlichen Gewalt über freie Menschen oder aus dem mancipium. Sie ist, wie erstere, eine wahre manumissio, sie geschieht in denselben Formen, nämlich censu, testamento oder, was hier das häufigste war, vindicta[1235]), und sie begründet zwi-

1233) Gai. III. 44. I. 194.

1234) Inst. I. 18. de legitima parentum tutela. Inst. I. 19. de fiduciaria tutela. Literatur: Gebauer, Excurs. ad cap. un. Inst. de fiduciaria tutela hinter dem Ordo Inst. Inst. Excurs. V. p. 304—334. Thibaut, über die Beschaffenheit und den heutigen Gebrauch der fiduciaria tutela, in den civil. Abhandl. Nr. XII, S. 285—304. Zimmern, über die fiduciaria tutela, in dessen und Neustetel, röm. rechtl. Untersuchungen (Heidelb. 1821) Bd. 1, Nr. VIII, S. 142—154. Schrader, in den Heidelb. Jahrb. 1823 S. 968. Rudorff §. 31, Bd. 1, S. 227—241.

1235) Gai. I. 138—140.

schen dem Freilasser und dessen Familie und dem Freigelassenen ein nur darin vom Patronat verschiedenes Verhältniß, daß der Freigelassene ein Freigeborener geblieben ist, weshalb auch statt der Ausdrücke: patronus und libertus hier lieber die Ausdrücke: manumissor und manumissus oder emancipatus gebraucht werden[1236]). In den 12 Tafeln ist eben dieser Aehnlichkeit wegen über die mit diesem Quasipatronate verbundenen Rechte nichts Näheres bestimmt, sondern es wurde der Interpretation und Jurisprudenz überlassen, durch Uebertragung der Grundsätze des Patronates die Theorie derselben im einzelnen auszubilden. Nach Analogie der patronatischen Tutel (exemplo oder ad similitudinem patroni) wurden beide Arten der Tutel, die Pupillentutel sowohl wie die Weibertutel, dem Manumissor und nach dessen Tode seiner Familie oder agnatischen Descendenz nach Verhältniß der Gradesnähe beigelegt[1237]). Hingegen die cura furiosi und prodigi konnte man denselben deshalb nicht verstatten, weil der Manumittirte ebensowenig wie der wahre libertus einen pater und deshalb keine bona paterna hat oder weil er wenigstens nach altem Rechte keinesfalls Intestaterbe seines Vaters geworden sein kann. Die einzelnen Anwendungen dieser Tutelen sind der Theorie nach eben so mannigfaltig, als die causae mancipii und die Fälle der Freilassung aus diesem Verhältnisse selbst es sind. So würde der Theorie nach ohne Zweifel z. B. dem Manumissor eines noxiae causa mancipirten Freien die Geschlechts- oder Pupillentutel über den Entlassenen zukommen müssen[1238]). Allein im Leben kam diese Tutel gewiß gar nicht vor, weil es auch schon im älteren Rechte ein unerhörter Fall war, daß ein Vater seiner Tochter oder einem praetextatus einem Gläubiger noxae gab. Es kommen daher nur noch die Fälle des mancipium in Frage, in welchen ein homo alieni iuris deshalb verkauft worden ist, um durch schleunigen Durchgang durch diese imaginaria servilis causa und baldige Manumission aus der bisherigen Familienverbindung herauszutreten. Es sind dies die Fälle des mancipium bei Gelegenheit der Emancipationen und Remancipationen. In diesen Fällen kann aber der Manumissor aus dem mancipium bald ein Dritter, bald der paterfamilias des Mancipirten selbst sein. In beiden Fällen steht die Tutel verschiedenen Personen zu und hat einen verschiedenen rechtlichen Charakter. a) Die Manumission kann von dem extraneus ausgehen, welchem der paterfamilias (der Vater oder Ehemann oder coemtionator) einen seiner potestas oder manus unterworfenen Freien mit der ausdrücklich beigefügten lex mancipii oder dem pactum mancipationi adiectum mancipirt hat, daß er ihn möglichst bald aus dem mancipium

---

1236) Dig. Lib. 37. Tit. 12. Si a parente quis manumissus sit.

1237) Gai. I. 166. Ulp. Tit. XI. §. 5.

1238) Gai. IV. 79. Diese Tutel konnte aber keine fiduciarische sein, da der Gläubiger bei der Mancipation sich keine Bedingungen gefallen zu lassen brauchte. Coll. Tit. II. §. 3.

entlassen soll (ea lege, ut manumittatur)[1239]. Dieser Vertrag erzeugt ein bonae fidei iudicium, die actio fiduciae directa, mit welcher der Käufer zur Vollziehung der Manumission gezwungen werden kann, wenn er nicht das Interesse nach dem iusiurandum in litem des Klägers leisten und überdies wegen seiner Treulosigkeit infam werden will[1240]. Der Käufer, welcher manumittirt, erlangt dadurch alle Patronatrechte über den Manumittirten, folglich sowohl die Geschlechtstutel als die Pupillentutel, und nach seinem Tode gehen beide Tutelen auf seine agnatischen Descendenten männlichen Geschlechtes nach der Nähe des Grades über. Diese Tutel heißt fiduciaria tutela, die Tutoren heißen fiduciarii tutores; selbst für den Manumissor wird der Ausdruck: legitima tutela oder legitimus tutor niemals gebraucht, vielmehr durch die allgemeine Bezeichnung aller dieser Tutoren als alterius generis tutores ausdrücklich zurückgewiesen. Der Name rührt daher, weil diese Tutelen in Folge einer mit der actio fiduciae erzwingbaren Manumission dem Manumissor und dessen Familie zukommen[1241]. Im Zusammenhange damit steht auch der eigenthümliche Charakter dieser Tutel. Sowie nämlich das mancipium selbst, verglichen mit dem mancipium des creditor ex noxali causa, nur ein leeres genannt werden kann, weil die Mancipation blos wegen der Rechtsförmlichkeit (dicis gratia) geschieht[1242], so ist auch diese Tutel im Vergleich mit der Tutel der Agnaten, des Patrons oder des Parens nur ein Schatten einer Tutel. Es war dies wohl weniger bei der Pupillentutel der Fall, wo der Unterschied nur unbedeutend oder wohl gar keiner vorhanden war, als vielmehr bei der Geschlechtstutel, wo der Unterschied sehr fühlbar war. Er besteht erstens darin, daß ein seine auctoritas verweigernder fiduciarischer Tutor auf Antrag der Frau vom Prätor extra ordinem zu deren Interposition gezwungen werden kann[1243], so daß er eigentlich unter ihrer Gewalt steht[1244], seine auctoritas nur der Form wegen (dicis gratia) ertheilt wird und in manchen Fällen, z. B. bei Testamenten nach prätorischem Rechte selbst entbehrlich ist[1245], während die Agnaten, Patrone und parentes zur Einwilligung in Testamente, Veräußerungen von res mancipi und Schulden nicht gezwungen werden können, wenn nicht die Frau eine iusta causa alienationis oder obligationis darthun kann[1246]. Der zweite Unterschied ist, daß die fiduciarischen Tutoren ihre Tutel durch in iure cessio nicht auf einen Anderen übertragen dürfen, was gewiß darauf beruht, daß die fiduciarische Tutel kein Privatrecht des Inhabers ist, womit er

1239) Gai. I. 119. 123. Vat. Fragm. §. 50.
1240) Cic. de off. III. 17.
1241) Gai. I. 166. 195. Ulp. Tit. XI. §. 5.
1242) Gai. I. 141.
1243) Gai. I. 190. II. 122.
1244) Cic. pro Mur. c. 12.
1245) Gai. I. 122.
1246) Gai. I. 192.

beliebig schalten und walten kann, wie der legitimus, während Gajus den sonderbaren Grund dafür angiebt, sie hätten sich selbst durch Eingehung des Kaufes, wozu sie Niemand zwinge, diese Last aufgeladen[1247]). Ein dritter Unterschied ist, daß im Falle der Abwesenheit des fiduciarischen Tutors die Frau nach einem Senatusconsult an dessen Stelle sich einen anderen erbitten darf, durch dessen Anstellung die Tutel des ersteren zerstört wird, was bei der Abwesenheit des legitimus tutor gewöhnlich nicht und namentlich nicht mit dieser Wirkung der Fall ist[1248]). Wegen dieser Milde der fiduciarischen Tutel im Verhältniß zur agnatischen und patronatischen mußte den Frauen, welche unter letzteren oder auch unter legitima parentum tutela standen, an einem Mittel gelegen seien, sich von der strengeren Tutel zu befreien, um unter die mildere kommen zu können. Dieses Mittel gewährte ihnen die coemtio tutelae evitandae causa, wobei der Hergang folgender ist. Die Frau zwingt ihre legitimi tutores einzuwilligen, daß sie sich in die manus eines Mannes begeben könne. Dies bewirkt sie durch coemtio, bei welcher sie die lex mancipii hinzufügt, daß der coemtionator sie einem Dritten, welchen sie sich selbst wählt, remancipiren solle. Mit Vollziehung der Coemtion tritt die Frau aus ihrer bisherigen Familienverbindung heraus und ihr Agnat, ihr Patron oder parens verliert die Tutel, theils weil sie nicht mehr Mitglied seiner Familie ist, theils weil sie als eine persona alieni iuris überhaupt nicht mehr unter Tutel stehen kann; da sie aber nicht in der manus des coemtionator bleiben will, so läßt sie sich von diesem an einen Dritten remancipiren[1249]), wozu ein Zwang gegen jenen, wenn nicht durch die actio fiduciae, doch extra ordinem durch den Prätor stattfand. Dieser dritte Käufer manumittirt sie nun per vindictam; durch diese Manumission wird er selbst und nach seinem Tode sein nächster agnatischer Descendent fiduciarius tutor[1250]). b) Der zweite Fall ist, wenn die Manumission von dem parens oder paterfamilias des Mancipirten selbst vollzogen wird. Zu diesem Behufe bedarf es immer besonderer künstlicher Veranstaltungen, weil der Hausvater die ihm unterworfene freie Person aus der väterlichen Gewalt oder manus unmittelbar und ohne weiteres nicht entlassen kann, da jede Manumission eine ihr vorhergegangene Sclaverei oder mancipium voraussetzt[1251]). Will also der paterfamilias selbst der Manumissor sein, so muß er sein Kind erst in das mancipium zu bekommen suchen, was er dadurch erreicht, daß er, indem er es einem extraneus mancipirt, durch das dieser Mancipation beigefügte pactum fiduciae diesen Dritten zur Remancipation an ihn verpflichtet. Dieser Vertrag muß bei Töchtern, Frauen und Enkeln sofort bei der ersten und einzigen Mancipation abgeschlossen

1247) Gai. I. 172.
1248) Gai. I. 173—175.
1249) Fest. s. v. Remancipatam.
1250) Gai. I. 115. Cic. pro Mur. c. 12.
1251) Theoph. ad Inst. I. 12. §. 6.

werden, weil durch die Manumission derselben von Seiten des Käufers sie sofort frei und seiner Tutel unterworfen werden würden. Bei Söhnen dagegen ist der Abschluß der ersten und zweiten Mancipation unter der lex fiduciae, daß der Käufer manumittire, möglich, weil auch nach der Manumission der Sohn wieder unter die väterliche Gewalt zurückfällt; bei der dritten Mancipation muß jedoch die lex fiduciae auf Remancipation an den Vater gerichtet werden. War diese lex fiduciae vergessen, so hat der Vater kein Mittel, den Käufer zur Remancipation zu zwingen, indem eine stillschweigende Verbindlichkeit in dieser Beziehung nicht vorhanden war; vielmehr verzichtete der ohne Vorbehalt mancipirende Vater eben dadurch auf die Remancipation [1252]). Im entgegengesetzten Falle kann der Vater mit der actio fiduciae die Remancipation erzwingen [1253]). Ist die Remancipation erfolgt, gleichviel ob freiwillig oder gezwungen, so hat dadurch der Vater ein mancipium strengerer Art über sein Kind erworben, von welchem sich dasselbe nicht wider des Vaters Willen durch Census befreien kann, vielmehr die väterliche Manumission per vindictam oder testamentum abwarten muß [1254]). In Folge dieser Freilassung erwirbt der parens manumissor oder emancipator alle Rechte eines Patrons, namentlich Erbrecht, und ist der Manumittirte Pupill oder mündige Frauensperson, die Pupillentutel oder die Geschlechtstutel. Nach seinem Tode oder capitis deminutio geht diese Tutel auf seine familia, d. h. seine agnatische Descendenz männlichen Geschlechtes über. Die Rangordnung unter diesen wird auch hier durch die Nähe des Grades bestimmt, so daß erst mehrere desselben Grades die Tutel gemeinschaftlich führen. Sie fällt daher im ersten Grade auf den Vater des vom Großvater manumittirten Enkels; im zweiten auf die Brüder des Emancipirten, im dritten auf die Vatersbrüder des emancipirten Enkels, die Bruderssöhne des emancipirten Sohnes, im vierten auf die Vettern, Großoheime u. s. w. [1255]). Ungeachtet dieser Succession der Descendenz ist doch der Charakter der Tutel des parens selbst und der seiner Descendenten völlig verschieden, indem der parens manumissor alle Rechte des Patrons hat, während seinen Descendenten nur die Rechte der fiduciarischen Tutoren, d. h. des extraneus manumissor, zustehen. Besonders wichtig ist dies bei der Geschlechtstutel, indem hier der parens nicht zur auctoritas bei gewissen Handlungen gezwungen, während seiner Abwesenheit nicht durch einen obrigkeitlichen Tutor ersetzt werden kann und zur in iure cessio seiner Tutel berechtigt ist, während seine Descendenten alle diese Rechte nicht haben [1256]). Bei

---

1252) Theoph. ad Inst. III. 2. 8. §. 8. Inst. III. 2. §. 4. Inst. III. 10. L. 2. §. 15. D. 38. 17. Gai. I. 140. Epit. I. 6. Liv. 41. 8. Vat. Fragm. §. 334.

1253) Collat. II. 3.

1254) Gai. I. 140.

1255) Theoph. ad §. un. Inst. I. 19.

1256) Gai. I. 172. 175. 192.

der Pupillentutel hingegen scheint gar kein Unterschied stattgefunden zu haben. Diese bedeutende Verschiedenheit im Charakter dieser Tutel ist um so auffälliger, als bei deren Vorbilde, der Patronentutel, sich ein solcher Gegensatz nicht findet, vielmehr den Descendenten des Patrons dieselben Rechte zustehen, wie dem Patrone selbst. Den Grund dieser Verschiedenheit setzen die Institutionen und Theophilus darin, daß der parens die potestas über das Kind habe und der Emancipirte ihm also seine Freiheit verdankt, während er den Descendenten seines parens nichts zu verdanken habe, da er in ihre potestas niemals zurückgefallen sein würde, wenn ihn der parens auch nicht emancipirt hätte[1257]. Dieser Erklärung steht aber entgegen, daß doch jedenfalls in dieser Beziehung der Vater des vom Großvater emancipirten Enkels eine Ausnahme machen würde, indem der letztere, wenn er nicht emancipirt wäre, allerdings in dessen Gewalt zurückgefallen sein würde und die Tutel des Vaters nichts destoweniger nur eine alterius generis tutela ist. Richtiger ist daher folgende Erklärung[1258]. Nach dem prätorischen Rechte hat die der patronatischen nachgebildete bonorum possessio contra tabulas nur der parens emancipator, nicht aber dessen Descendenten[1259], deshalb, weil der Emancipirte das Recht, ein eigenes Vermögen zu erwerben, nur dem ersteren verdankt[1260]. Es kann daher auch nur bei dem ersteren die Tutel als eine strenge, zur Erhaltung des Erbrechtes dienende angesehen werden; bei den letzteren hingegen muß sie jenen milderen Charakter annehmen, welchen die Tutel des extraneus manumissor hat. — Dieser Gegensatz der Geschlechtstutel des parens und seiner Kinder wird im römischen Rechte auch durch einen parallel gehenden Sprachgebrauch angedeutet. Beide heißen zwar im allgemeinen fiduciarii tutores, offenbar deshalb, weil beide ihre Tutel einem vom Vater abgeschlossenen contractus fiduciae, ut sibi filius remancipetur, verdanken[1261]. Weil aber nur der parens die Rechte der legitimi tutores, namentlich des Patrons hat, so heißt es nur von ihm, er habe vicem legitimi tutoris[1262], er sei zugleich[1263] oder schlechthin[1264] legitimus tutor, und seine tutela eine legitima[1265], d. h. eine an Strenge der gesetzlichen Agnaten- und Patronentutel gleichstehende. Hiernach mußte also der Name fiduciarii tutores in dieser Familie auf die Descendenten des parens emancipator beschränkt bleiben, weil sie eben in dieser Familie die einzigen sind, welche m e r e fiduciarii, nicht zugleich legitimi tutores sind. Jedoch ist dieser Sprachgebrauch erst allmälig entstanden.

1257) Inst. I. 19. verb.: Quo defuncto — futurus esset.
1258) Thibaut a. a. O. S. 283, 292. Rudorff §. 31, Bd. 1, S. 237.
1259) L. 1. §. 5. D. 37. 12.
1260) L. 1. pr. D. eod.
1261) Gai. I. 172.
1262) L. 3. §. 10. D. 26. 4.
1263) Gai. I. 172.
1264) §. un. Inst. I. 18. L. 5. C. de dolo malo. (II. 20. (21.))
1265) Gai. I. 175.

Gajus[1266]) nennt sie noch nicht so, sondern liberi manumissoris[1267]) und sagt blos, ihre Tutel habe den Werth einer Tutel des tutor fiduciarius, d. h. des extraneus manumissor. Aber schon von Modestin werden die liberi manumissoris geradezu fiduciarii tutores genannt[1268]), und so heißen sie auch in den Institutionen, wo auch ihre Tutel geradezu eine fiduciaria genannt wird. — Die bisher in ihrem ganzen ursprünglichen Umfange dargestellte quasipatronatische Tutel gerieth schon vor der Novelle 118 bedeutend in Verfall; die geschichtlichen Hauptmomente desselben sind folgende: 1) Mit der lex Claudia hörte die Agnatentutel auf und damit eine Hauptveranlassung zur coemtio tutelae evitandae causa; später kam die strenge Geschlechtstutel überhaupt in Wegfall. Seitdem kam keine coemtio tutelae evitandae causa, keine Mancipation vom coemtionator, ja keine legitima und fiduciaria mulierum tutela überhaupt mehr vor. 2) Justinian richtete die Form der Emancipation so ein, daß ein extraneus manumissor gar nicht mehr vorkommen kann. Damit fiel alle fiduciaria tutela im ursprünglichen Sinne ganz hinweg und es giebt nur noch parentes emancipatores und liberi eorum[1269]). 3) Unter die nun noch übrigbleibenden quasipatronatischen Tutoren, nämlich den parens manumissor masculi impuberis und dessen Familie sind im zweiten und dritten Grade einige Cognaten aufgenommen worden, nämlich im zweiten Grade die Brüder, im dritten die Brüder- und Schwestersöhne, wenn sie perfectae aetatis sind. Beides hat Justinian bestimmt, es geht parallel mit den Veränderungen des Erbrechtes[1270]). In den übrigen Graden blieb bis zu Novelle 118 Cap. 5 das Erbrecht und die Tutel auf die agnatischen Söhne beschränkt.

4) Gesetzliche Vormundschaft der Cognaten. Die Cognaten bildeten nach älteren griechischen und römischen Einrichtungen den die Vormünder beaufsichtigenden Familienrath; zu der Führung der Vormundschaft selbst waren sie gesetzlich nicht berufen. Allein schon vor der Novelle 118, Cap. 5 hatte man einzelne Cognaten zur Beerbung ihrer freigeborenen Verwandten, und wenn sie männlichen Geschlechtes und gehörigen Alters waren, zur Vormundschaft über dieselben zugelassen, wie oben unter 1. bei der gesetzlichen Vormundschaft der Agnaten und Gentilen mit erwähnt worden ist. Es war aber dieses Ausnahme geblieben, welche sich auf die ersten drei Grade der Verwandtschaft beschränkte; der Regel nach waren aber noch im neueren Rechte, wenn der freigeborene Verwandte in der Familie geblieben war, die Agnaten, wenn er emancipirt war, der parens und dessen Descendenten gesetzlich zur Vormundschaft berufen. In der Novelle 118, Cap. 5 werden nun

1266) Gai. I. 175.
1267) L. 1. §. 5. D. 37. 12.
1268) L. 4. D. 26. 4.
1269) L. 6. C. de emanc. liber. (VIII. 48. (49.))
1270) L. 15. §. 2—4. C. VI. 57.

aber nicht mehr die Agnaten und Quasipatrone, sondern blos die Cognaten zur gesetzlichen Erbschaft und Vormundschaft ihrer Verwandten berufen. Von den Vormundschaften nennt Justinian zwar nur die ἐπιτροπή, die tutela pupillaris, nicht die κηδεμονία, welche gewöhnlich die curatio bezeichnet, daher nach der Meinung Mancher die cura furiosi und prodigi auch noch im neuesten Rechte der Agnaten geblieben sein soll[1271]). Dies ist gegen die ratio des Justinianeischen Rechtes, weil die Vormundschaft der Cognaten blos eine Folge davon ist, daß dieselben Erbrecht erhalten haben und mit diesem auch die Last der Vormundschaft verbunden sein muß[1272]). Unter dieser Last wird aber nicht blos die Tutel, sondern jede mit dem Familienrechte verbundene Last, mithin auch die cura furiosi und prodigi verstanden[1273]). Der Begriff der Cognaten ist hier nicht der prätorische, sondern ganz der des Justinianeischen Erbrechtes. Auch die Rangordnung ist fast ganz die der Justinianeischen Erbfolge[1274]). Zuerst sind also die Descendenten zur gesetzlichen Cura ihrer wahnsinnigen Eltern berufen[1275]). Dann fällt die Vormundschaft auf die Ascendenten, nach ihnen auf die Brüder und Geschwistersöhne[1276]), welche das gehörige Alter haben. Die Behauptung Mancher[1277]), daß der emancipirende Vater die übrigen Vormünder derselben Klasse ausschließe, hat das gegen sich, daß er nach der Novelle sein Erbrecht, mithin auch seine Vormundschaft mit ihnen theilt. Auf der anderen Seite entscheidet aber doch für den Vorzug des Vaters, daß die Mutter nach der Novelle 118, Cap. 5 alle Seitenverwandten von der Vormundschaft ausschließt und der emancipirende Vater doch unmöglich weniger Rechte haben kann als die Mutter[1277a]). Auf diese Personen folgen die halbbürtigen Brüder und halbbürtigen Geschwistersöhne und endlich alle übrigen Cognaten männlichen Geschlechtes nach der Nähe des Grades. Sind mehrere desselben Grades vorhanden, so sollen sie bei dem iudex zusammenkommen, welcher aus ihrer Mitte einen oder mehrere gerentes, so viel deren nöthig sind, wählt[1278]), worauf dann die übrigen in das Verhältniß bloßer Ehrenvormünder treten.

1271) Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 1, S. 890.

1272) Pr. Inst. I. 17. L. 5. C. V. 30. L. 15. §. 4. C. VI. 57. Nov. 118. cap. 5.

1273) L. 5. C. V. 70. „Ne lucrum quidem — successionis — emancipato — deputasse, nihil vero de oneribus tutelae prospexisse videamur, curatores nihilominus eos pro XII tabularum lege furiosis fratribus et sororibus utpote legitimos existere — decernimus.“

1274) Nov. 118. cap. 5. init.

1275) L. 4. C. V. 70. Nov. 115. cap. 3. §. 12.

1276) Nov. 127. cap. 1. 2.

1277) A. B. Thibaut a. a. O. S. 296.

1277a) Vgl. Vangerow, Leitfaden §. 267, Anm. gegen Rudorff Bd. 1, S. 243.

1278) Nov. 118. cap. 5 i. f. vgl. mit L. 5. §. 2. D. 26. 4.

5) Gesetzliche Vormundschaft der Mutter und Großmutter[1279]). Neben der regelmäßigen Vormundschaft der männlichen Cognaten kommt im Justinianeischen Rechte noch die Vormundschaft gewisser Cognatinnen vor, welche in mehrfacher Beziehung eine außerordentliche (sog. tutela extraordinaria s. irregularis) genannt werden kann, nämlich die Vormundschaft der Mutter und Großmutter des Pflegebefohlenen. Wenn auch diese Personen allerdings schon im älteren römischen Rechte nicht blos bei der Erziehung und Fürsorge für die persönlichen Bedürfnisse des Pflegebefohlenen, welche ihnen als nächsten Cognatinnen vorzugsweise obliegt, sowie auch bei der Erbittung von Vormündern und der Aufsicht über deren Verwaltung vorkommen[1280]), sondern auch oft selbst mehr oder weniger thätig in die Verwaltung des Vermögens, also in die Vormundschaft über denselben eingreifen, so sind sie doch bis in ziemlich späte Zeiten hinab nicht für wahre Vormünderinnen (tutrices, curatrices) anerkannt worden, sondern man hat den Grundsatz, daß die Vormundschaft als ein virile officium allen Frauen verschlossen ist, auch auf sie streng angewendet. Aus diesem Gesichtspunkte wird auch die Verwaltung beurtheilt, welche sich die Mutter in Betracht ihrer nahen Verwandtschaft zu den Pflegebefohlenen oder nach dem Wunsche des Vaters[1281]) etwa angemaßt hatte. Alle von ihr in dieser Eigenschaft vorgenommenen Verfügungen sind nämlich nichtig, da sie als Nichtvormünderin keine Befugniß dazu hatte, wie ihre Veräußerungen, ihre Klagen, ihre Liberationen, ihre Annahmen von Zahlungen, die Bestellung eines Actors u. s. w.[1282]). Dagegen entstehen obligatorische Verhältnisse aus der Verwaltung für sie ebenso gut, wie für jeden falsus tutor, welcher pro tutore negotia gerirt. Namentlich haftet sie als Selbstschuldnerin der Pupillen mit der actio protutelae oder pro curatore negotiorum gestorum[1283]), wenn sie gleich einem Vormunde dessen Vermögen verwaltet hat. Eine weitere Folge davon ist die, daß der Mutter, welche dem Vormunde ihres Kindes wegen ihrer Verwaltung Sicherheit und Schadloshaltung verspricht (securitatem s. indemnitatem promittit), ebensowenig, wie ihrem Bürgen gegen die actio, welche der Vormund aus dieser Stipulation gegen sie anstellt, die exceptio SC. Velleiani zusteht, da sie keine Intercession vornimmt, indem sie eine

---

1279) Quellen: Cod. Lib. V. Tit. 35 et 46. Nov. 22. cap. 40. Nov. 89. cap. 14. Nov. 94. Nov. 118. cap. 5. Nov. 155. Literatur: Emmerich, Beiträge zu der Lehre von der Vormundschaft der Mutter und Großmutter über ihre Kinder und Enkel, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 3, S. 211 flg. Rudorff, Recht der Vormundschaft §. 33, Bd. 1, S. 245—265. Die ältere Literatur ist aufgezeichnet bei Lipenius, Bibl. iur. und in den Nachträgen dazu s. v. tutela materna.

1280) Z. B. bei Cic. in Verr. I. 37.

1281) Solche Bestimmungen finden sich bisweilen in römischen Testamenten, z. B. L. 5. §. 8. D. 26. 7.

1282) L. 31. §. 6. D. 3. 5. L. 88. D. 46. 3.

1283) L. 5. C. V. 45.

eigene Obligation in stipulatum deducirt[1284]). Dieser Grundsatz kommt zunächst zur Anwendung, wenn die Mutter die Verwaltung ganz auf ihre Gefahr übernimmt und dem Tutor deshalb Sicherheit verspricht. Dem Pupillen steht nämlich hier die Wahl zu, ob er den Vormund mit der actio tutelae oder die Mutter mit der actio protutelae belangen will. Im ersten Falle nimmt dann der verurtheilte Vormund mit der actio ex stipulatu seinen Regreß gegen die Mutter, welche sich dagegen nicht auf das Senatusconsult berufen kann[1285]). Aber auch dann, wenn die Mutter die Vornahme oder Unterlassung einzelner Verwaltungshandlungen auf ihre Gefahr beantragt, z. B. wenn sie die Veräußerung von Grundstücken hindert oder die Antretung oder Ausschlagung von Erbschaften verlangt und dem Vormunde dafür Schadloshaltung verspricht, kommt ihr gegen dieses Versprechen das Senatusconsult nicht zu statten, da es ohne Zweifel eine eigene Obligation, keine des Vormundes ist, welche sie in stipulatum deducirt, wie dies sich auch schon daraus ergiebt, daß von ihrer Seite eine Intercession bei dem Vormunde für diesen selbst unmöglich wäre[1286]). Ist aber eine eigene Obligation der Mutter gar nicht vorhanden, so enthält eine solche indemnitatis promissio allerdings eine Intercession, gegen welche der Mutter die Berufung auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten zusteht. Namentlich ist dies der Fall, wenn die Mutter den Vormund, welcher sich excusiren wollte, durch das Versprechen der Schadloshaltung zur Uebernahme der Verwaltung bewog[1287]), oder wenn sie den Vormund erbat und dabei die Gefahr seiner Verwaltung freiwillig übernahm[1288]). Obschon Manche schon für das älteste Recht eine wahre rechtmäßige Vormundschaft der Mutter auf Grund einer Stelle des Livius[1289]) annehmen, so beweist doch diese Stelle dafür nichts, da in ihr tutela offenbar nur die educatio bezeichnet, und entschieden spricht dagegen, daß noch während der ganzen Zeit der heidnischen Kaiser der Grundsatz festgehalten wurde, die Mutter könne weder durch Ernennung in dem Testamente des Vaters, noch durch confirmatio oder datio irgend einer obervormundschaftlichen Behörde[1290]) wahre rechtmäßige Vormünderin ihrer Kinder werden, sondern es bedürfe dazu eines speciellen Gesetzes oder Privilegiums, wodurch der Kaiser die alte Regel auf Bitten der Mutter im einzelnen Falle aufhebe[1291]). Da dieses aber Gnadensache war, so konnte es der Kaiser beliebig abschlagen[1292]) und es ließ sich wenigstens

1284) L. 2. C. V. 46. L. 6. pr. C. IV. 29.
1285) L. 2. C. V. 46. L. 9. C. V. 51.
1286) L. 8. §. 1. L. 19. pr. §. 1. D. 16. 1.
1287) L. 6. §. 1. C. IV. 29.
1288) L. 6. §. 2. C. IV. 29. L. 1. C. V. 46. Ausnahme in L. 3. C. V. 46. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 11. §. 2.
1289) Liv. 39. 9.
1290) L. 26. D. 26. 2.
1291) L. 18. D. 26. 1.
1292) L. 1. C. V. 35.

noch als Regel aufstellen, daß die Tutel im ganzen ein Amt für Männer sei[1293]). Erst unter den christlichen Kaisern traten an die Stelle specieller Concessionen der Vormundschaft allmälig allgemeine Rechtsregeln, wodurch die mütterliche Vormundschaft aus einer bloßen Gnadensache eine Justizsache wurde. Die christlichen Kaiser haben nämlich die Bedingungen genauer festgesetzt, unter welchen sie die Mutter (später auch die Concubine und Großmutter) zur Tutel lassen wollen, für den Fall des Daseins dieser Bedingungen aber die Nothwendigkeit specieller Untersuchung aufgehoben und vielmehr die Tutel als eine allgemeine gesetzliche anerkannt. Es ist dies durch folgende Gesetze bewirkt worden. Zuerst erklären Valentinian II., Theodosius I. und Arcadius in einer 390 zu Mailand erlassenen Constitution[1294]) folgende drei Punkte für nothwendige Bedingungen der mütterlichen Vormundschaft. Erstens soll die Mutter, ehe sie als Vormünderin anerkannt wird, gerichtlich zu Protocoll erklären, daß sie nicht wieder heurathen wolle. Damit indessen Niemand so leicht sie nach einmal übernommener Vormundschaft zur Ehe begehren möge, so soll das Vermögen des Stiefvaters zuerst dem Pupillen verpfändet sein, damit er im Falle eines Dolus oder einer Culpa des Stiefvaters sich daran halten könne. Zweitens soll die Mutter aetate maior, d. h. 25 Jahre alt sein; und drittens soll sie nur dann die Tutel zu erbitten berechtigt sein, wenn ein tutor legitimus entweder gar nicht vorhanden oder excusirt oder removirt, oder wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen sogar sein eigenes Vermögen zu verwalten unfähig ist. Unter diesen Voraussetzungen erhält die Mutter die Vormundschaft wirklich, aber nicht ipso iure, sondern erst durch specielle Concession auf ihre postulatio, die nur jetzt nicht mehr beliebig abgeschlagen werden kann. Erst wenn die Mutter lieber wieder heurathen, als die Vormundschaft führen will, tritt obrigkeitliche Bevormundung in Ermangelung eines legitimus tutor ein. Theodosius II. und Valentinian III. behalten in einer zu Constantinopel 439 erlassenen Constitution[1295]) zwar im ganzen diese Bedingungen bei, schreiben aber noch einige genauere Formen und Strafbestimmungen vor. Nach dieser Verordnung soll nämlich die Mutter, wenn sie nach einmal übernommener Vormundschaft gegen ihren geleisteten Eid zur anderweiten Ehe schreitet, ehe sie ihrem Kinde einen anderen Vormund hat bestellen lassen und diesem die Tutel restituirt hat, ihr Erbrecht am Vermögen des impubes verlieren, und das Vermögen ihres zweiten Ehemannes soll für die praeterita tutela stillschweigend verpfändet sein. Beide Verordnungen sind in den Justinianeischen Codex aufgenommen; nur ist die letzte an zwei verschiedenen Orten eingetragen[1296]) und die

1293) L. 16. pr. D. 26. 1.
1294) L. 4. Th. C. III. 17. i. e. L. 2. C. V. 35.
1295) Nov. Theod. II. Tit. XI. De tutoribus (ed. Haenel p. 44 sq.).
1296) L. 4. Th. C. III. 17. ist L. 2. C. V. 35. Von Nov. Theod. II. Tit. XI.

erste aus derselben interpolirt worden[1297]. Justinian selbst aber hat durch eigene Gesetze die erwähnte Vormundschaft theils noch mehr erweitert, theils aber auch an neue Bedingungen geknüpft. Zuerst nämlich erstreckt dieser Kaiser durch eine Constitution von 530[1298]) das Recht der Mutter zur Vormundschaft auch auf die liberi naturales, welche sie aus einem Concubinate geboren hat, mögen sie männlichen oder weiblichen Geschlechtes sein. Als Bedingungen dieser Vormundschaft sind aufgestellt einerseits: daß die Mutter vor der Uebernahme der Vormundschaft zu Protocoll des competenten iudex eidlich gelobt, nicht wieder heurathen zu wollen, daß sie ferner auf das SC. Velleianum und alle anderen Rechtsausflüchte Verzicht leistet und daß sie endlich ihr Vermögen verpfändet; andererseits, daß der Vater, nach Justinian's Constitution[1299]), nicht schon einen testamentarischen Vormund für das von ihm seinen Concubinenkindern hinterlassene Vermögen ernannt hat. Da uneheliche Kinder keine Agnaten haben, kann ein legitimus tutor ohnehin hier nicht vorkommen[1300]). Unter diesen Voraussetzungen soll der Mutter gesetzlich (also ohne petitio) die Vormundschaft ganz wie einer ehelichen Mutter zustehen. Zweitens hat Justinian in Novelle 22 die Strafen der Mutter, welche nach übernommener Tutel wieder heurathet, geschärft, weil er dies dreifache Vergehen des Meineides, der Impietät gegen den Verstorbenen und gegen die Kinder im Verhältniß zur Verletzung des Trauerjahres durch die Theodosische Novelle für zu gelind bestraft hielt. Es sollen daher, außer den bisherigen Strafen, auch die Strafen des gebrochenen Trauerjahres (Infamie, Verlust des halben Vermögens u. s. f.) gegen sie eintreten; auch die Erziehung soll sie dann verlieren. Dasselbe findet auch auf die Concubine Anwendung, wenn sie nach übernommener Tutel ihrer liberi naturales zur Ehe schreitet. In beiden Fällen soll die zuständige Obrigkeit der Mutter Rechnung und Tutel abnehmen und einen neuen Vormund bestellen[1301]). Durch die Novelle 94 sind dagegen die Bedingungen der mütterlichen Vormundschaft wieder bedeutend erleichtert worden. Zuerst wird nämlich der Mutter das bedeutende Privilegium ertheilt, daß Schuldverhältnisse zu dem Pupillen, welche nach der Novelle 72 alle anderen Personen zur Vormundschaft unfähig machten, ihr, wenn sie die Tutel ihrer ehelichen oder natürlichen Kinder übernehmen will, in keiner Weise entgegenstehen, weil die Nähe der Verwandtschaft und die mütterliche Liebe jeden Verdacht eines möglichen

---

ist §. 1 u. 2 im Justin. Codex L. 6. C. VI. 56. geworden; §. 3 hingegen ist L. 6. C. in quib. caus. pign. tac. (VIII. 14. (15.))

1297) Die Worte sacramento praestito sind aus derselben in L. 2. C. V. 35. init. eingeschaltet worden.

1298) L. 3. C. V. 35.

1299) L. 4. C. V. 29. bestätigt in Nov. 89. cap. 14.

1300) L. 3. fin. C. V. 35.

1301) Nov. 22. cap. 38.

Mißbrauches dieser Verhältnisse zum Nachtheile des Mündels von Seiten der Mutter ausschließen[1302]). Zweitens wird das eidliche Angelöbniß, nicht wieder zu heurathen, der Mutter, wenn sie die Vormundschaft übernehmen will, erlassen, weil es doch in der Regel nicht gehalten werde. Es soll daher von der Mutter blos zu gerichtlichem Protocoll auf das SC. Velleianum et alia omnia und auf die zweite Ehe verzichtet werden. Die Strafen der Uebertretung des gerichtlichen Versprechens der Ehelosigkeit sollen aber dieselben bleiben, wie wenn sie wirklich eidlich angelobt hätte, nicht wieder zu heurathen[1303]). In der Novelle 118, Cap. 5 werden diese Bedingungen wiederholt; es wird jedoch das Recht der Mutter zur Vormundschaft auch auf die Großmutter erstreckt und das Verhältniß dieser weiblichen Vormundschaften zu den übrigen dahin bestimmt, daß zwar die testamentarischen Vormünder der Mutter und Großmutter vorgehen, in Ermangelung solcher aber die Mutter und Großmutter allen Seitenverwandten in Ansehung der Tutel vorgezogen werden. Hiermit schließt im Grunde die Justinianeische Gesetzgebung über die Vormundschaft der Mutter und Großmutter. Denn die Novelle 155 wendet nur schon bestehende Rechtssätze auf einen in der Supplication (vgl. Nov. 155. prooem.) dem Kaiser vorgetragenen Rechtsfall an. Sie bestimmt nämlich, daß, obgleich im allgemeinen gegen Eltern in integrum restitutio unzulässig sei[1304]), diese dennoch gegen die Mutter als Vormünderin ertheilt werden kann, da sie in dieser Eigenschaft nach einer früheren Verordnung[1305]) zur defensio und Rechnungsablegung verpflichtet sei. In Folge dieses Satzes wird gegen die Auxentia, welche die Tutel ihrer Tochter Martha geführt, dann wieder geheurathet und dem von ihr vorgeschlagenen Tutor Patres das Vermögen der Tochter nicht vollständig ausgeantwortet hatte, der letzteren Restitution ertheilt, welcher es bedurfte, weil die Tochter bereits durch eine Acceptilation die Mutter von ihren Ansprüchen aus der Tutel befreit hatte. Bemerkenswerth ist, daß in dieser Novelle wieder eines Eides der Mutter, nicht wieder heurathen zu wollen, Erwähnung geschieht. Auch in die lex Romana Burgundionum ist die Tutel der Mutter übergegangen; sie wird dort sogar den Agnaten vorgezogen[1306]). — Nach dieser geschichtlichen Uebersicht lassen sich die praktischen Resultate des Justinianeischen Rechtes in folgenden Sätzen zusammenfassen: 1) die Vormundschaft, welche der Mutter und Großmutter zusteht, ist lediglich die tutela impuberum[1307]), nicht die cura minorum[1308]), furiosorum oder prodigorum. Denn jene Tutel schließt sich am nächsten an

1302) Nov. 22. cap. 40.
1303) Nov. 94. cap. 2.
1304) L. 2. C. qui et adversus quos (II. 41. (42.))
1305) L. 28. C. V. 37.
1306) L. Rom. Burgund. Tit. 36.
1307) Nov. 22. cap. 40.
1308) L. 21. pr. D. 26. 5.

die Erziehung an und kann daher allein passend der Mutter anvertraut werden[1309]), während die Aufsicht über Erwachsene über ihre Kräfte gehen würde. Die cura minorum war ohnehin niemals ein Familienrecht. 2) Diese Tutel steht unter allen weiblichen Cognaten nur der Mutter und Großmutter zu. Unter der Mutter wird im römischen Rechte nur die leibliche, nicht die Stief- oder Adoptivmutter, ferner die eheliche oder die Concubine im Verhältniß zu den liberi naturales, nicht aber andere uneheliche Mütter verstanden. Unter der Großmutter hingegen ist sowohl die väterliche als die mütterliche gemeint. Ueber uneheliche Enkel kann die Großmutter Vormünderin werden, da hier die allgemeine Bestimmung der Novelle 118, Cap. 5, daß auf die Wiederverehelichung Verzicht geleistet werden soll, nicht entgegensteht. Dagegen kann die Großmutter über die von einem von ihr selbst außer der Ehe geborenen Kinde abstammenden Enkel nicht Vormünderin werden, weil das gedachte Gesetz der Großmutter die Vormundschaft über ihre Enkel blos dann bewilligt, wenn sie den vorgeschriebenen Verzicht leistet, welcher eine vorhergegangene Ehe voraussetzt[1310]). 3) Bei der Mutter und Großmutter ist die Tutel etwas Freiwilliges[1311]); sie sind zur petitio oder postulatio tutelae berechtigt und erlangen erst durch diese und durch Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen das ius und officium tutelae. Eines kaiserlichen Rescriptes bedarf es aber nicht. Es braucht sich also die Mutter auch nicht zu excusiren; sie trägt auch kein periculum cessationis, muß aber dann einen anderen Tutor für die Kinder erbitten. 4) Die gesetzlichen Bedingungen, unter welchen diese Vormundschaft zugelassen wird, sind folgende: a) es darf kein Vormund vom Vater der ehelichen oder Concubinenkinder im letzten Willen ernannt sein; denn die letztwillige Anordnung des Vaters schließt die Mutter von der Vormundschaft aus[1312]). Dagegen wird sie nach Justinianeischem Rechte weder durch gesetzliche, noch durch Dativvormünder ausgeschlossen; vielmehr geht sie nach Justinian's ausdrücklicher Bestimmung allen Seitenverwandten vor, und selbst der Großmutter und dem väterlichen und mütterlichen Großvater, weil sie secundum hereditatis ordinem die Tutel übernehmen soll. Nur schließt der Vater die Mutter und der Großvater die Großmutter aus, weil die mütterliche und großmütterliche Tutel erst amissis viris stattfinden soll, wie theils ausdrücklich gesagt wird, theils aus dem Verzichte auf die zweite Ehe folgt. Der väterlichen und mütterlichen Großmutter steht aber, da bei dieser Tutel der ordo hereditatis entscheiden soll, völlig gleicher Anspruch auf dieselbe zu; der Richter muß also eine von ihnen zur administriren-

1309) Nov. 22. cap. 38.

1310) Emmerich, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 3, S. 209.

1311) L. Rom. Burgund. Tit. 36. L. 2. 3. C. V. 35. Nov. 94. cap. 1. Nov. 118. cap. 5.

1312) Nov. 118. cap. 5. Ueber die blos confirmirte tutoris datio siehe L. 4. C. V. 29. L. 3. C. V. 35.

den Vormünderin ernennen. b) Die Mutter muß, mit Ausnahme des Geschlechtes die übrigen zum Amte eines Vormundes nach Justinianeischem Rechte erforderlichen Eigenschaften haben. Dahin gehört namentlich das gehörige Alter. Ist sie noch nicht 25 Jahre alt[1313]), so wird ein obrigkeitlicher Vormund bestellt, der aber wohl wieder abgeht, wenn die Mutter dieses Alter erreicht[1314]). Nur durch obligatorische Verhältnisse zwischen Mutter und Kind wird keine Unfähigkeit der ersteren zur Tutel begründet[1315]). c) Die Mutter und Großmutter muß versprechen, sich nicht verehelichen zu wollen[1316]), nicht blos dann, wenn die erste Verbindung, aus welcher die Kinder herrühren, eine wahre Ehe, sondern auch dann, wenn sie nur ein Concubinat war[1317]). Der Grund liegt nicht blos in der dem Rechte der christlichen Kaiserzeit eigenthümlichen Mißstimmung gegen die anderweite Ehe, sondern insbesondre darin, daß sich bei einer Frau von dem Verhältnisse zu dem neuen Ehemanne und zu den Kindern der zweiten Ehe eine nachtheilige Stimmung gegen die Kinder der ersten Ehe befürchten läßt. Daher verliert auch der Vater durch seine Wiederverehelichung die Vormundschaft über seine Kinder nicht, während die Mutter nicht blos die Vormundschaft, sondern selbst die Erziehung verliert[1318]). Die Form des Verzichtes war früher eine bloße Erklärung zu gerichtlichem Protocoll, seit 439 ein eidliches Angelöbniß, im Justinianeischen Rechte wieder eine einfache Erklärung vor dem zuständigen Richter, da der Eid durch Nov. 94 aufgehoben und auch durch Nov. 155 nicht wieder hergestellt worden ist. Denn in letzterer Novelle war von einem vergangenen Falle die Rede, wo die Mutter schon früher die Vormundschaft erlangt, und sogar, wie sich aus dem Proömium der Novelle ergiebt, in zweiter Ehe zwei Kinder geboren hatte; es läßt sich daher mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die erwähnte Vormundschaft bereits vor der Novelle 94, also zu einer Zeit, wo eidlicher Verzicht auf die weitere Ehe noch gefordert wurde, angefangen hatte, indem die in dieser Constitution erwähnte Vormundschaft sicher vor der Novelle 94, also noch in älterer Form übernommen worden war[1319]). d) Die Mutter und Großmutter muß

1313) L. 2. C. V. 35.

1314) Arg. L. 9. §. 1. D. 27. 3., welche durch L. 5. C. V. 30. nicht aufgehoben ist.

1315) Nov. 94. cap. 1. Cf. Nov. 72.

1316) L. 2. C. V. 35. L. 6. C. VI. 56. L. 6. C. in quib. caus. pign. tac. (VIII. 14. (15.)) Nov. 22. cap. 38. 40. pr. Nov. 94. cap. 2. Nov. 155.

1317) L. 3. C. V. 35.

1318) Nov. 22. cap. 38.

1319) Schon Biener, Geschichte der Novellen S. 520, 529 hat die Vermuthung aufgestellt, daß Nov. 94. (v. 539) vielleicht nur um ein Jahr älter sei als Nov. 155. Athanasius, Nov. Iustin. Tit. XIII. Const. 3. (Heimbach iun., Anecdot. T. I. p. 146.) hat am Schlusse des von ihm gegebenen Auszugs der Nov. 155. folgende Bemerkung. *Δατ. καλ. Φεβρ. βασιλείας Ἰουστινιανοῦ Αὐγούστου ὑπατίας τοῦ αὐτοῦ.* Theodor. Breviar. Nov. 155. (Zachariae, Anecdot. p. 160.) hat am Schlusse des Auszuges dieser Novelle die Bemerkung:

auf das SC. Velleianum und omne auxilium verzichten[1320]). Letzteres begreift die sich an das Senatusconsult anschließenden älteren Justinianeischen Constitutionen[1321]), außerdem aber auch wohl alle anderen weiblichen Rechtswohlthaten, da das Intercediren überhaupt für ein virile officium gilt. Der Grund dieser Vorschrift ist ohne Zweifel folgender. Das Intercediren macht überall einen sehr wesentlichen Theil des vormundschaftlichen Amtes aus, indem nicht nur die defensio des Pupillen eine hauptsächliche Pflicht des Vormundes ist, sondern derselbe auch durch die Administration in die Lage versetzt wird, Obligationen für den Pupillen übernehmen zu müssen, von denen er wenigstens vor Niederlegung des Amtes nicht befreit werden kann[1322]). Wäre nun von Seiten der Mutter, wenn sie während der von ihr geführten Vormundschaft solche Obligationen übernommen hätte, dem Gläubiger gegenüber eine Berufung auf das SC. Velleianum zulässig, so würde sich derselbe gar nicht mit ihr einlassen wollen, folglich die Defension des Pupillen unterbleiben müssen, wodurch nicht nur beide den größten Nachtheil erlitten, sondern die Mutter auch im Grunde aufhören würde, Vormünderin zu sein[1323]). Will sie also selbst Vormünderin werden, d. h. ein virile officium übernehmen, so muß sie auch auf einen Schutz verzichten, auf welchen sie sich, ohne sich selbst zu widersprechen, nicht ferner berufen kann. Allerdings wäre eine gesetzliche Aufhebung des SC. Velleianum für Mütter, welche die Tutel übernehmen wollen, möglich gewesen; sie ist wohl deshalb von Justinian nicht erfolgt, weil ein ausdrücklicher feierlicher Verzicht noch mehr geeignet ist, die Mutter von einer leichtsinnigen Uebernahme der Vormundschaft abzuhalten und sie zu veranlassen, die Sache genauer zu überlegen[1324]). Die Meinung von Cujacius, daß schon die Ertheilung der auctoritas zu einer fremden Obligation eine Intercession enthalte, ist unrichtig, da ja dadurch der Tutor nicht verpflichtet wird, sondern blos der Pupill[1325]). Einer anderen Ansicht (von Wernher und Glück), daß die Mutter durch die Uebernahme der Vormundschaft die Gefahr übernehme, auch

---

ἐξεφωνήθη ἐπὶ τῇ ὑπατείᾳ Ἰουστινιανοῦ. Nun war aber Justinian zu der Zeit, aus welcher die Novelle 155 herrühren kann, nicht Consul (Justinian war zum vierten Male im J. 534 Consul), sondern Justinus der Jüngere, nämlich im J. 540, und die Angaben von Athanasius und Theodorus über Justinian's Consulat unter den von ihnen gegebenen Auszügen der gedachten Novelle haben ohne Zweifel darin ihren Grund, daß ursprünglich *Ἰουστιν.* geschrieben war und spätere Abschreiber dies in *Ἰουστινιανοῦ* aufgelöst haben. Dies vermuthet auch Heimbach iun., Anecd. T. I. p. 146. not. 62.

1320) L. 3. C. V. 35. Nov. 94. Nov. 118. cap. 5.

1321) L. 23. C. IV. 29.

1322) L. 30. D. 26. 7. L. 28. C. V. 37. L. 18. §. 2. D. 36. 3.

1323) L. 1. §. 2. L. 2. §. 1. D. 16. 1. L. 2. D. 50. 17.

1324) Vgl. über die Gründe des von Justinian angeordneten Verzichtes besonders Emmerich a. a. O. S. 213—225.

1325) Cuiac. Comm. ad lib. IV. Resp. Papin. ad L. 26. D. de testam. tut. (26. 2.)

ihr Vermögen verpfände und deshalb auf das SC. Velleianum verzichten müsse, steht entgegen, daß eine eigene Obligation der Frau und die Verpfändung für eine solche niemals eine Intercession enthält[1326]. e) Die Mutter und Großmutter muß vor Uebernahme der Vormundschaft ihr ganzes Vermögen den Kindern ausdrücklich verpfänden und dies zu gerichtlichem Protocoll erklären. Obwohl sonst das Vermögen anderer Tutoren den Pupillen gesetzlich verpfändet ist, so hat das römische Recht doch bei der Mutter als Vormünderin ein solches gesetzliches Pfandrecht nicht anerkannt, wahrscheinlich deshalb nicht, weil eine ausdrückliche Verpfändung wieder mehr geeignet ist, Eindruck auf die Mutter zu machen, wenn sie etwa leichtsinnig die Vormundschaft über ihre Kinder übernehmen wollte[1327]. Erst wenn die Mutter wieder heurathet, ohne vorher einen anderen Vormund zu erbitten, Rechnung abzulegen und das Vermögen des Pupillen auszuantworten, entsteht mit Eingehung der Ehe ein gesetzliches Pfandrecht an ihrem Vermögen[1328], welches sich auch auf das Vermögen des Stiefvaters stillschweigend mit erstreckt, dergestalt, daß das des letzteren sogar zuerst (primitus) haften soll, wenn die Mutter aus der Tutel etwas schuldig ist[1329]. Wichtig sind diese im Falle der Wiederverehelichung eintretenden gesetzlichen Pfandrechte besonders dann, wenn die Mutter ohne ausdrückliche Verpfändung ihres Vermögens die Verwaltung übernommen haben sollte, weil unter diesen Umständen früher der Pupill blos ein privilegium exigendi hatte. 5) Die Verwaltung dieser Vormundschaft hat nichts Besonderes, indem die Pflichten der Mutter und Großmutter als Vormünderinnen denen aller übrigen Vormünder gleich sind, z. B. hinsichtlich der zu stellenden juratorischen Caution, der Errichtung eines Inventars, der Rechnungslegung, der Ausantwortung des Mündelvermögens am Ende der Vormundschaft u. s. w.[1330]. 6) Ein eigenthümlicher Grund der Beendigung dieser Vormundschaft ist die Wiederverehelichung. Schreitet die Frau zur Ehe vor abgelegter Rechnung, so treffen sie außer dem gesetzlichen Pfandrechte die Strafen des verletzten Trauerjahres[1331], und ist das Kind noch unmündig, so muß sie ihm einen neuen Vormund erbitten[1332].

B. Teutsches Recht. (Vgl. Abschn. I. Abth. 2. A. BB. 1.)

C. Heutiges Recht.

Insbesondre gesetzliche Vormundschaft des Ehemannes. Da nach dem römischen Rechte die Kinder, so lange ihr Vater noch lebt und seine Gewalt über sie nicht freiwillig aufgiebt,

---

1326) L. 6. pr. C. IV. 29.
1327) L. 3. C. V. 35. Nov. 94. cap. 1.
1328) Nov. 22. cap. 40.
1329) L. 2. C. V. 35. L. 6. C. in quib. caus. pign. tac. (VIII. 14. (15.))
1330) Vgl. Nov. 155. prooem. u. cap. 1.
1331) Nov. 22. cap. 40.
1332) Nov. 155. prooem.

unter derselben stehen, so blieb es auch nach dessen Einführung in Teutschland Regel, daß Unmündige, deren Vater lebte, keinen Anderen zum Vormunde erhielten. War die Mutter bei dem Tode des Vaters noch am Leben, so betrachtete man sie jetzt dem römischen Rechte gemäß gemeinrechtlich als die zunächst zur Vormundschaft Berechtigte; ein Grundsatz, welcher um so leichter geltend werden konnte, als die Mutter schon vor der Annahme des römischen Rechtes in manchen Gegenden Teutschlands nach dem Tode des Vaters zur Vormundschaft über die Kinder zugelassen worden war[1333]). Auch erkannte man, nachdem einmal die mütterliche Vormundschaft zur Regel geworden war, sehr leicht auch eine großmütterliche an, von welcher sich vor Einführung des römischen Rechtes in Teutschland keine Spur findet. Selbst in solchen Gegenden, wo die Geschlechtsvormundschaft sich erhalten hatte, wurde mit wenigen Ausnahmen die mütterliche und großmütterliche Vormundschaft allmälig geltend[1334]), indem man sie mit dem Satze, daß, wer selbst fremde Hilfe zur Verwaltung seines Vermögens nöthig habe, keine Vormundschaft führen könne, deshalb nicht für unvereinbar hielt, weil dem Geschlechtsvormunde damals nirgends mehr eine Verwaltung zustand, sondern derselbe auf bloßen Rath beschränkt war. Es erhalten jedoch an solchen Orten die Frauen in der Regel männliche Beistände als Mitvormünder zugeordnet[1335]), welche nach ihrem Tode oder nach ihrer Wiederverehelichung gewöhnlich allein Vormünder der Kinder

---

1333) Vgl. den Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 87 flg.

1334) Z. B. in Sachsen, wo man sich ursprünglich dafür auf das sächs. Landr. B. 1, Art. 11 berief (aber mit Unrecht, vgl. den Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 86), sowie auch die Glosse dazu; s. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 11. def. 11. Sie ist in mehreren sächsischen Vormundschaftsordnungen ausdrücklich anerkannt. S. kgl. sächs. Vorm.=O. v. 1782 Cap. 6, §. 2, 4. Eisenach. Vorm.=O. v. 11. August 1686 §. 2. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 3. N. Beif. zur Goth. Landesordn. Th. 1, S. 38. Altenb. Landesordnung P. III. Nr. 13, §. 3. Altenb. Vorm.=O. v. 31. August 1785 §. 7. Ebenso ist sie anerkannt in den Hamburg. Stat. III, 6, 5 u. 6. Vorm.=O. v. 1831 Art. 7, 8. Henneberg. Landesordn. v. 1539 B. 3, Tit. 6, Cap. 5, §. 1. Desgleichen in Mecklenburg; s. v. Kamptz, Mecklenb. Civilr. Th. 2, S. 696. In Lübeck können auch noch jetzt die Mutter und Großmutter nicht Vormünderinnen sein; s. Lüb. Recht I, 7, 12 und dazu Mevius, Comm. ad ius Lubec. ad h. l. nr. 12. Lüb. Vorm.=O. v. 1820 §. 3, 23. Die Lüneb. Reform Th. 7, Tit. 1 bei Pufendorf 4. 749. berechtigt die Mutter erst in Ermangelung der Schwerdtmagen zur Vormundschaft über ihre Kinder; die Großmutter wird darin gar nicht erwähnt.

1335) Nürnberg. Reform. Tit. 33, Ges. 2, §. 3. Tit. 39, Ges. 3, §. 3. Hamburg. Stat. III, 6, 5 u. Vorm.=O. v. 1831 Art. 7. Magdeburg. Poliz.=O. Cap. 43, §. 2. v. Kamptz a. a. O. Ueber das ältere sächs. Recht s. Carpzov l. c. nr. 11. 12., über die neuere kgl. sächs. Vorm.=O. v. 1782 Cap. 6, §. 10. Seit der Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft in den sächsischen Ländern verwalten Mutter und Großmutter die Vormundschaft allein, ohne daß gesetzlich sie dazu eines männlichen Beistandes bedürften; dies schließt jedoch nicht aus, daß die obervormundschaftliche Behörde ihnen Mitvormünder setzt, an deren Rath und Beistand sie in Vormundschaftssachen gebunden sind.

bleiben[1336]), und welche bisweilen auch nach solchen Rechtsquellen, denen wenigstens keine allgemeine Geschlechtsvormundschaft mehr bekannt ist, nöthig sind[1337]). Da man die Vormundschaft der Mutter jetzt auf das römische Recht zurückführte, so unterwarf man sie und die Großmutter gemeinrechtlich auch den in demselben vorgeschriebenen Beschränkungen[1338]). Jedoch wurde an vielen Orten das dazu gehörige Versprechen, nicht wieder heurathen zu wollen, nicht gefordert, obschon man auch hier es als sich von selbst verstehend betrachtete, daß die mütterliche und großmütterliche Vormundschaft mit der Wiederverehelichung beendigt werde[1339]). Wenn gleich auch das ältere teutsche Recht da, wo es eine mütterliche Vormundschaft nach des Vaters Tode anerkannte, es als eine nothwendige Bedingung betrachtete, daß sie in einer folgenden Ehe nicht fortgesetzt werden könne[1340]), und schon diese Uebereinstimmung des teutschen Rechtes mit dem römischen den Gedanken an eine rein willkürliche Bestimmung fern hält, so ist es doch sehr auffallend, daß nur sehr wenige teutsche Particularrechte der Mutter unter besonderen Umständen die Fortführung der Vormundschaft auch nach der Wiederverehelichung gestatten[1341]). Denn der Grund, warum das ältere teutsche Recht dies nicht gestattete, war gewiß der, daß die Mutter, weil sie durch die Wiederverehelichung unter die Vormundschaft ihres neuen Ehemannes kam, nicht selbst mehr Vormünderin sein konnte und wenn der Stiefvater über die Kinder die Vormundschaft mitgeführt hätte, diese dadurch aus ihrer Familie heraus und in eine ganz neue gekommen sein würde, was man wenigstens bei Söhnen ohne Einwilligung der Familie für ganz unstatthaft hielt; wie auch hierin der Grund davon liegt, daß ursprünglich keine Cognaten, sondern nur Agnaten zur Vormundschaft gelassen wurden. Dieser Grund kann aber heutzutage, wo die strenge Familienverbindung aufgehört hat und der Mündel nicht mehr zur Familie des Vormundes gehört, natürlich nicht mehr in Betracht kommen. Dagegen beruhte die römische Bestimmung theils auf der Abneigung, welche sich im Rechte der christ-

1336) Nürnberg. Reform. Tit. 39, Ges. 3, §. 4. Hamb. Stat. a. a. O. Hamb. Vorm.-O. v. 1831 Art. 11.

1337) S. z. B. Cod. Max. Bavar. civ. I. 7. 6. und dazu v. Kreittmayr, Anmerk. Th. 1, Cap. 7, §. 41, Nr. 3.

1338) S. z. B. Nürnberg. Reform. Tit. 33, Ges. 2, §. 2. Tit. 39, Ges. 3, §. 2. Worms. Reform. B. 4, Th. 1, Tit. 4, §. 3. Tit. 6, §. 1. Frankf. Reform. v. 1509 Tit. de tutel. §. 6. Hamb. Stat. III, 6, 5. Magdeb. Poliz.-O. Cap. 43, §. 2. Mecklenb. Poliz.-O. Tit. 8, §. 4. Vgl. auch die in Note 1334 angeführten sächsischen Vormundschaftsordnungen.

1339) Freiburg. Stadtr. III, 1, 10. Nürnberg. Reform. Tit. 39, Ges. 3, §. 4. Frankf. Reform. VII, 2, 4 u. 6 vgl. mit der alten Frankf. Reform. v. 1509 Tit. de tutel. §. 6. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 6, §. 11. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 3. N. Beif. zur Goth. Landesordn. Th. 1, S. 38.

1340) L. Burgund. 59. L. Wisigoth. IV. 3. 3. Goslar. Stat. 490, 1 (nach Bergmann's Handschrift).

1341) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 6, §. 11. Altenb. Vorm.-O. §. 7.

lichen Kaiserzeit gegen die zweite Ehe überhaupt zeigt, theils auf der Befürchtung, die Mutter werde aus Liebe zu ihrem neuen Ehemanne das Wohl der Kinder aus den Augen verlieren[1342]). Es kann aber der erste Grund jetzt, wo man auch in der Gesetzgebung von jenem Vorurtheil gegen die zweite Ehe längst zurückgekommen ist, nicht mehr in Betracht kommen, und auch jene Furcht vor dem nachtheiligen Einflusse der zweiten Ehe auf die Kinder ist in den meisten Fällen in Teutschland ohne Grund, da sich wohl weniger Beispiele davon finden, daß eine Mutter ihre Kinder erster Ehe zu Gunsten ihres neuen Ehemannes vernachlässigt hätte, als von dem Umgekehrten. Vielmehr kommen zahlreiche Fälle vor, wo ein Stiefvater nicht blos der Versorger seiner Stiefkinder geworden ist, sondern sich auch ihrer überhaupt, wie seiner eigenen Kinder angenommen hat, weshalb man auch in Teutschland kein Bedenken trägt, der Mutter die Erziehung der Kinder in der neuen Ehe zu lassen. Daher verdient jene Bestimmung der kgl. sächs. und altenburg. Vorm.-O. Nachahmung und, da der Familie noch mehr als der Obrigkeit ein Urtheil über solche Sachen zusteht, die des französischen Rechtes, nach welchem der Familienrath darüber entscheidet, ob der Mutter nach ihrer Wiederverehelichung die Vormundschaft über ihre Kinder gelassen werden soll oder nicht[1343]). Am wenigsten verdient die in manchen teutschen Rechtsquellen enthaltene Bestimmung, daß Stiefväter überhaupt zur Vormundschaft über ihre Stiefkinder unfähig sind[1344]), Empfehlung; eine Bestimmung, welche im römischen Rechte, aus welchem man sie hat ableiten wollen, nicht begründet ist[1345]), und auch das teutsche Recht nicht für sich hat, welches in späterer Zeit eine Vormundschaft des Stiefvaters über seine Stiefkinder anerkennt[1346]). — Die Verzichtleistung auf die weiblichen Rechtswohlthaten bei Intercessionen, welche das römische Recht von der Mutter, wenn sie Vormünderin ihrer Kinder werden will, fordert, ist in Teutschland bisweilen ausdrücklich für überflüssig erklärt[1347]) und fällt auch schon von selbst überall da weg, wo der ältere teutschrechtliche Grundsatz, daß Frauen giltig Bürgschaften übernehmen können, sich erhalten hat[1348]), oder die

1342) L. 22. C. V. 37.

1343) Code civil art. 395.

1344) Braunschw. Stadtr. v. 1532 Tit. Von Vormündern. (Pufendorf 4. 109.) Frankf. Reform. VII, 1, 8. Wildenburg. Landr. Th. 2, Cap. 17, §. 5. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 8, §. 1, Nr. 8. Altenb. Vorm.-O. §. 8. Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 14, lit. d. Der Cod. Max. Bavar. Th. 1, Cap. 7, §. 3, Nr. 6 und das preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 139 untersagen zwar auch regelmäßig die Bestellung der Stiefväter zu Vormündern über ihre Stiefkinder, lassen aber Ausnahmen zu, wenn nach richterlichem Ermessen ein erheblicher Vortheil für den Pflegebefohlenen davon zu erwarten ist.

1345) L. 15. C. V. 6. L. 3. C. V. 58.

1346) Verm. Sachsensp. I, 14, 9. Ebd. 43, 7.

1347) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 6, §. 11.

1348) S. z. B. Nürnberg. Reform. Th. 2, Tit. 19, Ges. 5 vgl. mit Tit. 30, Ges. 3, §. 2.

eigenthümlichen teutschen ehelichen Güterrechte sie überflüssig machen. Endlich ist zu bemerken, daß, da das teutsche Recht keinen Unterschied zwischen tutela impuberum und eura minorum mehr anerkennt, sondern die Altersvormundschaft bis zur Volljährigkeit dauern läßt, die Mutter und Großmutter die Altersvormundschaft bis zur Volljährigkeit ihrer Kinder oder Enkel führen. — Das im römischen Rechte begründete, dem der ehelichen Mutter gleiche Recht der Concubine auf die Vormundschaft über die liberi naturales ist in Teutschland weggefallen, weil der Concubinat eine verbotene Geschlechtsverbindung ist. — Der ältere teutsche Grundsatz, daß nur Schwerdtmagen zur Vormundschaft berechtigt seien, beruhte darauf, daß die Vormundschaft als Familiensache galt, und nur diejenigen, welche durch Mannsstamm mit einander verwandt waren, die Familie im ursprünglichen Sinne bildeten. Die spätere Zulassung der Cognaten in Ermangelung von Agnaten zur Vormundschaft war schon ein Zeichen der Auflösung der strengen Familienverbindung. Nach diesem Schritte war auch der andere zur völligen Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten nicht mehr schwer, besonders seitdem das Heergewette abkam, dessen Vererbung mit der Vormundschaft so genau zusammengehangen hatte. Da nun dies seit der Einführung des römischen Rechtes immer gewöhnlicher wurde, so konnte daher dessen Grundsatz, daß der Unmündige nach dem Tode seiner Eltern oder wenn die Mutter die Vormundschaft nicht übernehmen wolle oder nicht könne, schon nach dem Tode des Vaters allein, unter die Vormundschaft seiner nächsten dazu fähigen gesetzlichen Erben, gleichviel ob sie seine Cognaten oder Agnaten seien, komme, leicht gemeinrechtlich werden. Doch blieben manche Particularrechte auch noch lange nach Einführung des römischen Rechtes den Grundsätzen des älteren teutschen Rechtes insofern getreu, als sie die Cognaten entweder gar nicht[1349]) oder erst nach den Agnaten zur Vormundschaft zulassen[1350]). Auch erklärt es sich aus den Grundsätzen des älteren teutschen Rechtes, nach welchem Agnaten und Cognaten als zwei neben einander stehende Genossenschaften galten, daß manche spätere Rechte immer Agnaten und Cognaten zugleich und in gleicher Anzahl zur Vormundschaft berufen, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob unter diesen oder jenen die dem Grade nach nächsten Verwandten sind[1351]). Aber auch dies ist in neueren Zeiten häufig geändert worden[1352]). Am schwierigsten fiel die An=

1349) Braunschweig. Stadtr. v. 1532 Tit. Von Vormündern. (Pufendorf 4. 109.)

1350) Lüb. Recht I, 7, Art. 2. Lüneb. Reform. Th. 7, Tit. 1. (Pufendorf 4. 748 sq.) Ueber das ältere sächs. Recht s. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 11. def. 11. nr. 1 sq. Sachse, großh. sächs. Privatr. §. 203.

1351) Frankf. Reform. VII, 1, 5. 2, 14. Solms. Landr. 21, 7. Minden. Stat. II, 3, 4. Keding. Landr. Tit. 11, §. 1. (Pufendorf 1. 149.) Brem. Vorm.=O. v. 1826 §. 20.

1352) Vgl. z. B. Lüb. Vorm.=O. v. 1820 §. 11. Kgl. sächs. Vorm.=O. v. 1782 Cap. 6, §. 5.

wendung des römischen Grundsatzes, daß die Berufung zur Vormundschaft sich nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung richte, in den Fällen, wo das Vermögen des Mündels nicht, wie es das römische Recht mit sich bringt, in Bezug auf die Erbfolge sich als eine einzige Masse betrachten ließ, sondern, wo sich in demselben solche Gegenstände befanden, welche in Gemäßheit der Grundsätze des älteren teutschen Rechtes auf eine andere Weise, als das übrige Vermögen, vererbt wurden, wie Lehne und Stammgüter, indem er hier mit dem anderen Grundsatze des römischen Rechtes, daß die Vormundschaft sich ungetheilt auf das ganze Vermögen des Mündels beziehen müsse, in Collision kam. Die Juristen suchten sich dadurch zu helfen, daß auch das römische Recht die Bestellung eines besonderen Curators für einzelne Theile des Vermögens gestatte und hielten es daher mit demselben nicht für unvereinbar, wenn sie für jene Gegenstände neben dem gewöhnlichen Vormunde noch einen anderen zuließen. Es bedurfte jedoch dessen nach ihrer Ansicht dann nicht, wenn die Mutter und Großmutter die ordentliche Vormundschaft führten, weil Justinian deren Berechtigung dazu nicht so sehr auf ihr Erbrecht am Vermögen der Kinder, als vielmehr auf deren Liebe zu den Kindern stütze. Daher ließ man die Mutter und Großmutter zur Vormundschaft über Lehen und Stammgüter, während man alle übrigen Cognaten davon ausschloß[1353]). Auf der anderen Seite wurde der römische Grundsatz: ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet, oft auch auf alle Fälle angewendet, wo nach teutschem Rechte eine nicht auf Blutsverwandtschaft beruhende Erbfolge stattfindet, und man sprach daher von einer tutela legitima der Ganerben und Erbverbrüderten, der Gesammtbelehnten, der Eventualbelehnten und selbst der Lehnsanwärter, und man nannte diese tutela legitima extraneorum, im Gegensatze zu der Vormundschaft der Blutsverwandten[1354]). Man glaubte, ein bedeutendes Argument für die Richtigkeit dieser Ansicht darin zu finden, daß auch das ältere teutsche Recht denselben Grundsatz habe[1355]). Sie ist aber ebensowenig aus diesem, wie aus dem römischen Rechte zu rechtfertigen, da in dem letzteren jener Satz nur von der gesetzlichen Erbfolge verstanden werden kann, in den angegebenen Fällen aber das Successionsrecht auf einer besonderen vertragsmäßigen Anordnung beruht und das teutsche Recht ihn in der That gar nicht kennt. Denn nach dem teutschen Rechte wurde zwar das eigentliche Erbe nach derselben Ordnung, aber auf ganz andere Personen, als auf die zur Vormundschaft Berufenen, vererbt, indem die Cognaten von jenem durch die Schwerdtmagen niemals in einem solchen Umfange

---

1353) Stryk, us. modern. Pandect. Lib. XXXVI. Tit. 4. §. 7 et 30.

1354) Stryk l. c. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 8.

1355) Siehe namentlich Walch, de tutela extraneorum legitima secundum praecepta iuris Germanici diss. I. II. Ien. 1753. 1764. (in Opusc. T. II. Sect. 1. Exerc. 2.) und nach ihm Runde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes und Danz, Handb. des teutschen Privatrechtes §. 625.

ausgeschlossen wurden, wie von dieser, und auch die Ausschließung mehrerer durch Einen sich dabei gleichfalls nicht findet. Dadurch findet es seine Erklärung, daß die neueren Lehrbücher des teutschen Privatrechtes jene tutela legitima extraneorum mit Stillschweigen übergehen. Dagegen kommt in manchen Particularrechten eine gesetzliche Vormundschaft anderer extranei vor. Namentlich werden häufig die Taufpathen in Ermangelung von Blutsverwandten zur Vormundschaft berufen[1356]. Dieses gründet sich offenbar auf die geistliche Verwandtschaft, welche nach kanonischem Rechte zwischen dem Täufling und den Taufpathen stattfindet. Es ist daher unrichtig, wenn behauptet wird, daß die protestantische Kirche überhaupt gar keine geistliche Verwandtschaft mehr anerkenne. Es ist dies nur in Bezug auf das Hinderniß der Ehe, welches aus der geistlichen Verwandtschaft nach kanonischem Rechte entsteht, wahr. Der Ursprung der in vielen teutschen Particularrechten sich findenden Bestimmung, daß die ohne gehörigen Grund geschehene Weigerung der Verwandten, die Vormundschaft zu übernehmen, als Strafe den Verlust aller Ansprüche auf die Erbschaft des Mündels zur Folge haben soll[1357], ist nicht gewiß zu erklären. Die Ableitung aus dem römischen Rechte ist unrichtig. Eher ließe sich ihr Ursprung noch in dem älteren teutschen Rechte suchen und sie sich damit in Verbindung bringen, daß nach diesem, wie früher bemerkt wurde, derjenige, welcher sich von der Haftpflicht für seine Verwandten lossagen wollte, überhaupt aus der Familienverbindung heraustreten mußte und dadurch auch sein Erbrecht an dem Vermögen der übrigen Familienglieder verlor. Aber auch diese Annahme kann mit Kraut nicht gebilligt werden, da sich in keiner späteren eigenthümlich teutschen Rechtsquelle die geringste Spur eines solchen völligen Heraustretens aus der Familienverbindung findet, und wenn die Weigerung, sich der Vormundschaft zu unterwinden, mit einem solchen Nachtheile bedroht gewesen wäre, dies gewiß in irgend einer Stelle angedeutet sein würde. Dazu kommt, daß jene Bestimmung nur in solchen Rechtsquellen vorkommt, welche ihr Vormundschaftsrecht fast ganz aus dem römischen Rechte entlehnt haben und bei

---

1356) Kirchenordnung Herzogs Johann Casimir von S. Koburg v. 1626. Eisenach. Vorm.=O. §. 2. Eisenach. Stat. Th. 2, Art. 6. Jenaer Stat. Tit. 5, §. 1. Geraer Stat. v. 1658 Tit. 57. (Schott 1, 183.) Schleiz. Stat. Art. 27. (Walch, Beitr. Bd. 8, S. 117.) Schmölln. Stat. Art. 2 (ebd. S. 151). Koburg. Stat. Tit. Von Vormundschaft. Heldb. Stat. Tit. 9. Stadtr. von Wimpffen Th. 2, Tit. 2, §. 1. (v. d. Nahmer 2, 1098.) Mainzer Instruction von dero Stadtrathe zu Erfurt a. 1704 in den Mainz. Ordnungen S. 113.

1357) Nürnberg. Reform. Tit. 29, Ges. 1. Fränk. Landgerichtsordnung Th. 3, Tit. 4, §. 10. Kurpfälz. Landesordn. Tit. 3, Nr. 4. Münster. Landesordn. Tit. 5, §. Als wir. Wormf. Reform. B. 1, Th. 1, Tit. 6, §. 3. Mainz. Instruction von Erfurt in den Mainz. Ordnungen Tit. 9, S. 113. Eisenach. Vorm.=O. §. 3. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 7. N. Beif. zur Goth. Landesordn. Th. 1, S. 42. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 7. Altenb. Vorm.=O. §. 9.

welchen daher wenigstens nicht die Vermuthung für die Beibehaltung altteutscher Rechtssätze streitet. Deshalb möchte wohl mit Kraut anzunehmen sein, daß sie aus einem Mißverständnisse des römischen Rechtes entstanden ist, und zwar wohl entweder des Satzes [1358]), daß der im Testamente ernannte Vormund, wenn er sich excusirt, das ihm in demselben Ausgesetzte verliere oder der allgemeinen Regel [1359]): Secundum naturam est, commoda cuiuscunque rei eum sequi, quem sequantur incommoda. — Gilt auch jetzt gemeinrechtlich der Grundsatz, daß die Blutsverwandten in der angegebenen Ordnung nicht blos zur Vormundschaft verpflichtet, sondern auch dazu berechtigt sind, und erkennen auch viele teutsche Land- und Stadtrechte denselben ausdrücklich an [1360]), so ist es doch wegen des allmälig immer größer gewordenen Umfanges der Obervormundschaft in neuerer Zeit immer gewöhnlicher geworden, daß jenes Recht nicht anerkannt wird, sondern daß die obervormundschaftlichen Behörden nur angewiesen sind, wenn der Unmündige Verwandte hat, aus diesen den tüchtigsten zum Vormunde auszuwählen [1361]). — Noch kommt, zwar nicht im gemeinen Rechte, aber sehr häufig im Particularrechte, die aus dem alten teutschen Rechte stammende gesetzliche Vormundschaft des Ehemannes über die Ehefrau vor [1362]). Mit welchem Zeitpunkte dieselbe nach heutigem Rechte ihren

---

1358) L. 32. D. 27. 1.

1359) L. 10. D. 50. 17.

1360) Z. B. Solms. Landr. Tit. 21, §. 3. Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 6, §. 4. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 6. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 4. N. Beif. z. Goth. Landesordn. Th. 1, S. 40. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 4. Altenb. Vorm.-O. §. 7. Rudolst. Vorm.-O. §. 11. Die sächsischen Vormundschaftsordnungen erkennen bei der Vormundschaft übereinstimmend mit der Erbfolge des gemeinen sächsischen Rechtes den Vorzug der Ascendenten vor den Seitenverwandten an, weichen aber im übrigen hinsichtlich der Ordnung, in welcher die Verwandten zur Vormundschaft berufen werden, von einander ab. Die kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 6, §. 3—5. N. Beif. zur Goth. Landesordn. Th. 1, S. 40, ziehen unter den Ascendenten die männlichen gleichen Grades den weiblichen ohne Unterschied der Linie vor, wie die Großväter den Großmüttern, und wollen bei den Seitenverwandten blos auf die Gradesnähe gesehen wissen. Die Altenburg. Vorm.-O. §. 7 zieht die Verwandten väterlicher Linie und Seite denen der mütterlichen vor. Die Rudolst. Vorm.-O. §. 11 will bei gleicher Gradesnähe unter den Ascendenten beider Linien die tauglichste Person oder die mehreren Ascendenten gemeinschaftlich mit der Vormundschaft beauftragt haben. Nach dem österreich. Gesetzb. §. 198 soll die Vormundschaft vor Allen dem väterlichen Großvater, dann der Mutter, hierauf der väterlichen Großmutter, endlich einem anderen Verwandten, und zwar dem nächsten, aus mehreren gleich nahen dem ältesten übertragen werden. Hamburg. Stat. III, 6, 4. Vorm.-O. v. 1831 Art. 7, 8.

1361) Freiburg. Stadtr. III, 1, Art. 12. Pfälz. Landesordn. Tit. 3, Art. 4. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 192—194. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 6, §. 5. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 4. N. Beif. z. Goth. Landesordn. Th. 1, S. 40. Altenburg. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 4. Altenburg. Vorm.-O. §. 8.

1362) Hamburg. Stat. I, 9, 5. III, 6, 9. Stat. von Budissin Tit. 8, Art. 1. (Schott 2, 25.) Henneberg. Landesordn. v. 1539 B. 3, Tit. 6, Cap. 12. Lipp. Verordnung wegen der Gütergemeinschaft v. 1786 §. 9. Stadtr. von

Anfang nehme, ist bereits früher erörtert worden (Abth. 2. EE. unter 2.). Die heutzutage in Teutschland vorkommenden ehelichen Güterrechte lassen sich, so mannigfach sie auch sind, unter zwei Systeme bringen. Das eine System bildet das römische Dotalrecht oder ein an dieses sich anschließendes eheliches Güterrecht, das andere das eigenthümlich teutsche Güterrecht der Ehegatten. Wo das erstere gilt, ist mit Einführung des römischen Rechtes meistens auch die eheliche Vormundschaft verschwunden, und es kann daher schon deshalb von keinem Einflusse derselben auf das Vermögen der Ehefrau die Rede sein. Wo sie aber daneben noch besteht oder doch bis in die neueste Zeit bestanden hat, erscheint sie in Bezug auf das Vermögen der Frau doch nur in dem Rechte, diese hinsichtlich desselben vor Gericht zu vertreten, wirksam. Da aber davon bereits früher gehandelt worden ist, so braucht hier davon nicht weiter die Rede zu sein. Das eigenthümlich teutsche Güterrecht gilt überall, wo der Ehemann entweder einen gesetzlichen Nießbrauch an dem eheweiblichen Vermögen hat oder ihm außerdem auch ein Verfügungsrecht über dessen Substanz bald in größerer, bald in geringerer Ausdehnung zusteht, welches besonders auch darin wirksam erscheint, daß er Schulden darauf machen kann, welche auch nach Beendigung der Ehe von der Frau oder deren Erben aus demselben bezahlt werden müssen. Sowohl jenes Nießbrauchsrecht als auch dieses Verfügungsrecht ist von den neueren Juristen, mit Ausnahme von Kraut, wie schon früher bemerkt wurde, aus der ehelichen Vormundschaft abgeleitet und daher angenommen worden, daß, wo diese neben dem teutschen ehelichen Güterrechte sich heutzutage nicht mehr findet, sich wenigstens ihre Wirkungen in Ansehung des Vermögens der Ehefrau erhalten haben. Da aber das ältere Recht, aus welchem diese Wirkungen der ehelichen Vormundschaft abgeleitet werden, nach Kraut's ausführlicher Untersuchung keineswegs solche Wirkungen derselben kennt, so muß auch behauptet werden, daß auch da, wo die eheliche Vormundschaft aufgehoben oder ohne einen Act der gesetzgebenden Gewalt verschwunden ist, jenes Nutzungs- und Verfügungsrecht des Ehemannes unverändert fortbestehe, ohne daß es einer ausdrücklichen Beibehaltung desselben bedurfte. Die Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auf das Vermögen der Frau bestehen vielmehr nach dem älteren Rechte, außer in der Befugniß des Ehemannes, die Ehefrau hinsichtlich desselben zu vertreten, nur in der vom Sachsenspiegel ihm daran beigelegten Gewere und in der Unfähigkeit der Ehefrau, ohne seine Zustimmung ihr zum Gesammtgute gehöriges Vermögen zu veräußern und Schulden darauf zu machen, welche er anzuerkennen verpflichtet wäre. Es fragt sich daher nur noch, wie

---

Wimpffen Th. 2, Tit. 1, §. 7. (v. d. Nahmer 2, 1097.) Ebenso in den Ländern des sächsischen Rechtes. Siehe Haubold, kgl. sächs. Privatrecht §. 70. Sachse, Weimar. Privatr. §. 230. Heimbach, particul. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 94. Siehe auch Weishaar, würtemberg. Privatr. Th. 1, §. 267.

es sich mit diesen Wirkungen heutzutage verhalte. Die dem Ehemanne an dem Vermögen der Frau zustehende Gewere ist, wie die Gewere überhaupt, als solche im heutigen Rechte verschwunden, und an deren Stelle ist ein nach den Grundsätzen des römischen Rechtes zu beurtheilender Mitbesitz getreten. Die Unfähigkeit der Frau, ohne Einwilligung des Mannes ihr Vermögen zu veräußern und Schulden darauf zu contrahiren, besteht hingegen nicht nur fort, sondern ist auch häufig dadurch noch erweitert worden, daß die Juristen die Wirkungen der ehelichen Vormundschaft in dieser Beziehung denen der Altersvormundschaft gleichgestellt und daher angenommen haben, daß jene Unfähigkeit der Frau, nicht, wie nach dem älteren Rechte, eine relative, sondern eine absolute sei, so daß die von ihr ohne seine Zustimmung unternommene Veräußerung oder contrahirte Schuld jetzt häufig nicht blos soweit, als seine Rechte an ihrem Vermögen dadurch verletzt sind, sondern in jeder Beziehung als unwirksam betrachtet wird[1363]). Da aber diese Ansicht, wie Kraut nachgewiesen hat, durchaus nicht der Natur der ehelichen Vormundschaft entspricht, so daß sie nur da Anwendung findet, wo sie im Particularrechte ausdrücklich anerkannt ist oder den Gerichtsgebrauch für sich hat[1364]). Obschon diese Beschränkung der Ehefrau schon im älteren Rechte aus der ehelichen Vormundschaft abgeleitet wird, so kann diese doch nicht als der einzige Grund derselben gelten. Vielmehr liegt nach dem Sachsenspiegel der Grund zunächst und in der That allein in der dem Ehemanne an dem Frauengute zustehenden Gewere. Auch kann, der Natur der Sache nach, der Ehemann schon vermöge des in seiner hausherrlichen Gewalt begründeten Rechtes zur Verwaltung des

---

1363) S. insbesondre Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten Note 626 und die daselbst Angeführten.

1364) Zu den Particularrechten, welche diese Ansicht anerkennen, gehört namentlich das der Länder sächsischen Rechtes. Schon die Const. elect. 15. p. II. v. 1572 verordnet: „Gleichergestalt soll auch den Weibspersonen dasjenige, was sie ohne Vorwissen und Autorität ihrer ehelichen und anderen verordneten Vormünder in- und außerhalb Gerichts schließen und handeln, damit sie sich gegen jemand verpflichten, unschädlich und unnachtheilig sein." Die Unverbindlichkeit der von einer Frau ohne Geschlechtsvormund geschlossenen Geschäfte wurde dahin ausgedehnt, daß man der Frauensperson die Zurückforderung des aus dem Geschäfte Gezahlten oder sonst Geleisteten zugestand, die Erben der Frauensperson zur Anfechtung des Geschäftes für befugt hielt und die Befugniß zur Anfechtung an keinen Zeitablauf band. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 15. def. 2—5. Die Frauenspersonen stehen hiernach in Sachsen den Pupillen ganz gleich. Die Ehefrau ist nach sächsischem Rechte schlechthin unfähig, sich ohne Zustimmung ihres ehelichen Vormundes zu verpflichten und kann sich gegen die Klage des Gläubigers wirksam darauf berufen, daß das Geschäft wegen mangelnder Zustimmung des Mannes ungiltig sei. Der Grund der Unverbindlichkeit des Geschäftes für den Ehemann liegt darin, daß seine Rechte an dem eheweiblichen Vermögen ohne seine Zustimmung nicht geschmälert werden dürfen; die Unverbindlichkeit für die Frau beruht aber auf der nach sächsischem Rechte feststehenden Unfähigkeit derselben, sich ohne den Mann zu verpflichten. S. Heimbach, Erörterungen Bd. 1, S. 131, 132.

Frauengutes fordern, daß kein Bestandtheil desselben durch eine eigenmächtige Handlung der Frau seiner Verwaltung entzogen werde. Daher kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß auch da, wo die eheliche Vormundschaft jetzt nicht mehr vorkommt, aber jenes Verwaltungsrecht noch besteht, die erwähnte Unfähigkeit der Frau fortdauern muß. — Ist nun gleich in Bezug auf die Fähigkeit der Ehefrau, Schulden zu contrahiren, die Fortdauer des älteren Rechtes als die gemeinrechtliche Regel zu behaupten, so macht man doch jetzt eine Ausnahme davon hinsichtlich der Delictsschulden der Frau. Denn hinsichtlich dieser wird jetzt überall in Teutschland der Grundsatz beobachtet, daß der Mann sie aus dem Vermögen der Frau, welches er unter sich hat, und da, wo eigentliche Gütergemeinschaft gilt, wenigstens vorläufig aus dem Gesammtgute bezahlen muß[1365]). Dies verlangt das öffentliche Interesse, und hier trifft den Dritten nicht, wie bei einer anderen Schuld, ein Vorwurf. Die Entstehung dieses Grundsatzes ist wohl daraus zu erklären, daß man auch in dieser Beziehung die eheliche Vormundschaft der Altersvormundschaft und die unter derselben stehende Ehefrau einem römischen Pupillen gleichstellte, welcher durch die von ihm begangenen Delicte obligirt wird[1366]). — Nach dem älteren Rechte trat, wie früher bemerkt wurde, eine Ausnahme von der Regel, daß die Frau ohne Einwilligung des Ehemannes das seiner Herrschaft unterworfene Vermögen nicht veräußern und Schulden darauf machen durfte, dann ein, wenn der Mann temporär an der Ausübung seiner Rechte daran verhindert war und sie sich in Noth befand; diese Ausnahme ging so weit, daß sie solchenfalls nicht blos ihr Vermögen, sondern auch das des Ehemannes zu veräußern und mit Schulden zu beschweren berechtigt war. Mit Kraut ist auch noch heutzutage die Giltigkeit dieser Ausnahme anzunehmen, da das Princip, aus welchem dieser Grundsatz hervorgegangen ist, daß nämlich das Gut beider Ehegatten während der Ehe ein ungezweites

---

1365) S. Kraut Bd. 2, S. 555 flg. Bluntschli, teutsches Privatr. Bd. 2, §. 213, Nr. 4. Walter, teutsches Privatr. §. 193. Ueber die Bremer Praxis s. Berck a. a. O. S. 279. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 1, §. 390. Lipp. Verordnung wegen der Gütergemeinschaft von 1786 §. 14. Eigenthümlich ist die Bestimmung der kgl. sächs. Dec. 36. von 1746, daß der Ehemann den durch Delicte der Frau zugefügten Schaden und die ihr deshalb zuerkannte Geldstrafe nur aus der Substanz des eheweiblichen Eingebrachten, nicht aber aus den Nutzungen, zu bezahlen verbunden sein soll, während die Altenburg. Eheordnung v. 12. Mai 1837 §. 143 nur im allgemeinen ausspricht, daß der Ehemann beides aus dem Einbringen zu bezahlen habe. Runde, ehel. Güterrecht S. 94 flg. nimmt zwar an, daß die Delictsschulden der Frau gegen den Mann verfolgt werden können, aber nur dahin, daß er sie aus dem nach dem Zeitpunkte der dazu verpflichtenden Handlung erworbenen und auf ihn übergegangenen Vermögen der Frau bezahle. Wenn der Verfasser dieses Artikels in seinen Erörterungen Bd. 1, S. 133 flg. sich gegen die Verpflichtung des Ehemannes, die Delictsschulden der Frau aus deren eingebrachtem Vermögen zu bezahlen, ausgesprochen hat, so muß er diese Ansicht nach gewonnener besserer Ueberzeugung zurücknehmen.

1366) L. 5. §. 2. D. 9. 2. L. 23. D. 47. 2. L. 111. pr. D. 50. 17.

ist und der Ehemann nur das nächste Recht zur Verwaltung desselben hat, auch noch jetzt unverändert fortbesteht[1367]. Auch die fernere in mehreren älteren Rechtsquellen begründete, schon früher erwähnte Ausnahme von der gedachten Regel, wonach der Frau gestattet ist, auch bei Anwesenheit des Ehemannes über einen unbedeutenden Theil des ungezweiten Gutes selbstständig zu verfügen, ist als heutzutage noch fortbestehend zu betrachten. Indessen darf da, wo die älteren Rechtsquellen noch gelten, das in ihnen der Frau gesetzte Maximum nicht wörtlich angewendet werden, theils weil der Werth des Geldes, theils weil auch die Bedürfnisse der Frauen sich seitdem wesentlich verändert haben. Man muß sich vielmehr an den Sinn derselben halten und daher annehmen, daß die Dispositionsfähigkeit der Frau sich nach dem Stande und den Vermögensverhältnissen der Ehegatten richte, und im Falle eines Streites nach billigem Ermessen bestimmt werden müsse. Die Juristen haben jener Ausnahme meistens die Bedeutung beigelegt, daß die Frau in regelmäßigen Haushaltsbedürfnissen von geringem Betrage frei verfügen dürfe[1368]. Es ist aber dies nicht blos auf Haushaltsbedürfnisse von geringem Betrage zu beschränken, sondern es ist überhaupt die Besorgung des Haushaltes als der Ehefrau in Teutschland vermöge ihrer ihr durch teutsches Recht und Sitte zustehenden Stellung als Hausfrau zustehend anzusehen und daher der Ehemann ohne Unterschied des Betrages derjenigen Summen, welche für die Bedürfnisse des Haushaltes geschuldet werden, für verbindlich durch die Handlungen der Frau zu achten. — Das in allen diesen Fällen der Ehefrau zu=

1367) Man kann daher Runde, ehel. Güterr. S. 100 nicht beipflichten, wenn er behauptet, daß die Frau für den gehinderten Mann nicht weiter, als jeder andere negotiorum gestor, eintreten könne, und zur zweckmäßigen Verwaltung von der Obrigkeit eine Curatel anzuordnen sei.

1368) S. Danz, Handb. des teutschen Privatr. Bd. 6, S. 410. Hiermit stimmen auch neuere Gesetze überein. So kann z. B. nach der Lipp. Verordnung wegen der Gütergemeinschaft von 1786 §. 11, Nr. 1 die Frau, auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Ehemannes, die zur Führung des inneren Hauswesens „nöthigen Contracte giltig schließen und zu deren Behuf bewegliches Vermögen veräußern, also weibliches Gesinde miethen, Hausgeräthe, Kleidungsstücke und was zum Essen und Trinken erforderlich ist, anschaffen, dagegen das in der Haushaltung Ueberflüssige oder Entbehrliche verkaufen und überhaupt in dergleichen häuslichen und wirthschaftlichen Angelegenheiten contrahiren, die sich nicht allgemein, sondern nur nach Beschaffenheit jeder Familie und ihrer Haushaltung bestimmen lassen.“ Zu den der Frau im zweifelhaften Falle überlassenen Geschäften rechnen mehrere teutsche Particulargesetze die Wahl und Annahme der weiblichen Dienstboten. Oldenburger Gesindeordnung v. 16. Febr. 1826 §. 43. Goth. Gesindeordn. v. 24. Juli 1797 §. 2. Altenburg. Gesindeordn. v. 24. Dec. 1840 §. 6. Reuß j. L. Gesindeordn. v. 23. Jan. 1841 §. 5. Rudolst. Gesindeordn. v. 3. Juni 1822 §. 2. Anh.-Deff. Gesindeordn. v. 19. April 1851 §. 2. Nach den letzten Gesetzen hat der Ehemann nur die Befugniß, den ihm nicht anstehenden aufgenommenen Dienstboten nach Ablauf der gesetzlichen Dienstzeit, ohne Rücksicht auf die von der Ehefrau festgesetzte, nach vorgängiger Kündigung zu entfernen.

stehende Verfügungsrecht wollen Manche aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bevollmächtigung, welche ihr nach teutscher Sitte der Mann in derselben ertheile, ableiten und die Frau gewissermaßen dabei als Institor des Mannes betrachten[1369]). Sie behaupten daher auch einestheils, daß der Mann den der Frau gegebenen Credit ihr willkürlich wieder entziehen, also ihr auch die Besorgung des Haushaltes nach Belieben nehmen könne[1370]), und anderntheils, daß er für die von ihr contrahirten Schulden persönlich ganz so haften müsse, wie ein Principal für die aus den Handlungen des Institors entspringenden Schulden. Sowie es unter den neueren Juristen streitig ist, ob aus den von dem Institor contrahirten Schulden gegen ihn selbst die Hauptklage gehe und gegen den Principal nur eine actio adiectitiae qualitatis, oder ob, wenn der Institor wirklich innerhalb des ihm ertheilten Auftrages gehandelt hat, gegen ihn selbst überhaupt gar nicht, sondern nur gegen seinen Principal geklagt werden könne, so wollen auch Einige[1371]) aus den von der Frau in den angegebenen Fällen, namentlich in Sachen des Haushaltes, contrahirten Schulden gegen sie selbst die Hauptklage, gegen den Mann aber eine actio adiectitiae qualitatis zulassen, Andere hingegen[1372]) nur eine Klage gegen den Mann, gegen die Frau selbst aber gar keine Klage gestatten. Wäre die Ansicht richtig, daß das Recht, über das Gesammtgut zu verfügen, eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft sei, so ließe sich dagegen nichts einwenden, da die in dieser enthaltenen Rechte von der Frau natürlich immer nur mit Erlaubniß des Mannes ausgeübt werden können. Da aber jene Ansicht nicht haltbar ist, so ist es auch nicht dieser Grund. Aber auch, wenn man das

---

1369) Der Hauptvertheidiger dieser Ansicht ist Kind, Quaest. for. T. III. cap. 111. ad 2. Ihm folgt Walter, teutsches Privatr. §. 193 der einen stillschweigenden Auftrag des Ehemannes für die Frau in Angelegenheiten des Haushaltes annimmt.

1370) Wollte man ihm dieses gestatten, so könnten doch Dritte, da sie die gesetzlichen Verhältnisse vorauszusetzen berechtigt sind, hierunter nur leiden, wenn das Publicum durch öffentliche Bekanntmachung davon Kenntniß erlangt hätte. Dies verlangt auch, wenn der Ehemann die für den Haushalt contrahirten Schulden nicht anerkennen will, Kind l. c. und Walter a. a. O., jedenfalls nach Analogie der von der Haftung des Principals für die Handlungen des Institors geltenden Grundsätze. So wird es auch da, wo jene Ansicht in das geltende Recht übergegangen ist, gehalten. So heißt es in der angeführten Lipp. Verordnung von 1786 a. a. O.: „Da jeder Zeit vermuthet wird, daß der Mann ihr (der Frau) die Besorgung des inneren Hauswesens überlassen habe, so .... (wird) der Mann .... in Domesticis et Oeconomicis so lange durch die Contracte und Handlungen seiner Frau verbunden, so lange er sich nicht von Führung des Hauswesens aus erheblichen Ursachen dispensiret, und nicht davon, daß er darin durch sie nichts weiter verbunden sein wolle, das Publicum gehörig avertiret." Ueber das Züricher Recht siehe Bluntschli, Zürich. Rechtsgesch. 2, 149.

1371) Wie Kind l. c.

1372) Wie Langenn und Kori, Erörter. prakt. Rechtsfragen Th. 2, Nr. 11 und Runde, ehel. Güterrecht S. 99.

Verfügungsrecht über das Gesammtgut als einen Ausfluß der Herrschaft im Hause betrachtet, kommt man, da diese dem Manne zusteht, anscheinend nothwendig zu demselben Resultate, und in der That gründen die Schriftsteller, welche die fragliche Behauptung aufstellen, zum Theil sie gerade darauf. Allein die Sache verhält sich doch anders. Die Herrschaft im Hause ist nämlich nicht, wie die eheliche Vormundschaft, ein Recht, welches der Frau gar nicht zustehen kann. Vielmehr geht dieselbe, dem früher Bemerkten zufolge, in Verhinderungsfällen auf die Ehefrau über. Ebenso ist es aber auch nicht gegen die Natur derselben, sie der Frau, auch wenn der Mann nicht verhindert ist, in einem gewissen Umfange beizulegen. Dies ist nun gerade nach teutscher Sitte innerhalb der angegebenen Grenzen der Fall; namentlich ist die Frau nach derselben regelmäßig die Vorsteherin des gewöhnlichen Haushaltes, und hat daher, soweit es dessen Führung erfordert, die Herrschaft im Hause. Sowie das Recht die nach der Sitte dem Manne zustehende Herrschaft sanctionirt hat, so auch die der Frau. Hiermit ist es ganz unvereinbar, daß dem Manne das Recht zustehen sollte, ihr dieselbe eigenmächtig und willkürlich zu entziehen [1373]). Es kann eine solche willkürliche Entziehung umsoweniger für rechtlich zulässig erachtet werden, als in der Entziehung der Führung des Haushaltes eine Ehrenkränkung für die Frau insofern liegt, als ihr dadurch von Seiten des Mannes die Fähigkeit, dem Hauswesen genügend vorzustehen, abgesprochen wird, was beinahe einer Prodigalitätserklärung gleichkommt. Es muß daher auch der Frau das Recht zustehen, einer solchen Verfügung des Mannes, wenn derselbe sich etwa eine solche anmaßen sollte, zu widersprechen und die Sache zur richterlichen Cognition und Entscheidung zu bringen. Denn die Frau hat ein auf teutsche Sitte und Recht gegründetes Recht auf Führung des Hauswesens, nicht aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage des Mannes, sondern vermöge der ihr rechtlich zukommenden Stellung als Hausfrau; dieses Recht ist ebenso heilig und ebenso zu schätzen, wie das allerdings stärkere Recht des Mannes als Hausherrn; wollte man dem letzteren eine willkürliche Disposition darüber einräumen, so würde die Frau dem Manne gegenüber schutzlos und rechtlos dastehen. Allerdings bringt es die Sitte und das sich auch hierin an diese anschließende Recht mit sich, daß die Herrschaft des Mannes über der der Frau steht. Allein daraus kann nur abgeleitet werden, daß bei einzelnen Haushaltsgeschäften, welche die Frau vornehmen will, dem Manne ein Widerspruchsrecht zusteht, welchem sie sich unterwerfen muß. — Kraut sagt nun, sowie nun vermöge der Herrschaft des Mannes die Frau verpflichtet sei, die innerhalb der Grenzen derselben von ihm vorgenommenen Veräußerungen anzu-

---

1373) Auch die angef. Lipp. Verordnung von 1786 erlaubt dem Ehemanne wenigstens nur aus erheblichen Ursachen die Frau von der Führung des Hauswesens zu entbinden.

erkennen, und die von ihm contrahirten Schulden aus ihrem, zu dem ungezweiten Gute gehörigen Vermögen zu bezahlen, so liege dem Manne im umgekehrten Falle dieselbe Pflicht ob. Der Mann müsse daher allerdings die von ihr rechtmäßig contrahirten Schulden aus dem ungezweiten Gute, also auch aus seinem in diesem steckenden Vermögen bezahlen, da jenes Gut für alle zum Zwecke der Erhaltung des Hausstandes rechtmäßig contrahirten Schulden hafte. Es liege aber durchaus kein Grund vor, anzunehmen, daß der Mann persönlich haften müsse, ebensowenig wie die Frau für die von ihm gewirkten Schulden persönlich hafte, und noch weniger liege ein Grund vor, ihn allein haften zu lassen. Dieser Deduction können wir, soviel die zur Führung des Hausstandes von der Frau gewirkten Schulden betrifft, nicht beipflichten und können nur die Meinung als richtig anerkennen, daß gegen die Frau deshalb gar nicht geklagt werden könne, vielmehr der Mann allein verpflichtet und deshalb auch nur gegen ihn eine Klage daraus zulässig sei. Der Grund dafür ist der, daß dem Manne vermöge der ihm obliegenden Verpflichtung, für den standesmäßigen Unterhalt der Ehefrau und der übrigen Familienglieder zu sorgen, allein auch die Bestreitung der Kosten des Haushaltes obliegt, und zwar ganz ohne Rücksicht darauf, ob die Frau ihm Vermögen zugebracht hat oder nicht, wodurch die Meinung von Kraut, er müsse solche Schulden aus dem ungezweiten Gute bezahlen, sich widerlegt, indem der Mann vermöge jener Verpflichtung die Kosten des Hausstandes selbst dann tragen muß, wenn die Ehefrau ganz arm ist, ihm gar nichts zugebracht hat. Hierdurch verschwindet auch der Widerspruch, welcher Runde nach Kraut zur Last fallen soll, wenn derselbe erst darzuthun suche, daß der Mann die Verfügungen der Frau im inneren Hauswesen nicht in Folge eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrages, sondern vermöge der selbstständigen Stellung, welche ihr darin von Rechtswegen zukomme, anerkennen müsse und dann doch nur eine Klage gegen den Mann zulassen wolle. Denn die ausschließliche Verpflichtung des Mannes zur Bestreitung der Kosten des Hauswesens und zur Bezahlung der deshalb gewirkten Schulden ist eine Folge seiner Verpflichtung zum standesmäßigen Unterhalte der Ehefrau und der Familie überhaupt[1374]).

Zweite Abtheilung. Vormundschaft aus letzten Willen.

A. Römisches Recht.

AA. Testamentarische Tutel[1375]). 1) Recht zur Be=

1374) Es muß hiernach auch der Begriff der Haushaltsgeschäfte, deren Besorgung der Frau nach Sitte und Recht zusteht, in einem sehr weiten Umfange genommen, und alles darunter verstanden werden, was in Bezug auf die Führung und Erhaltung des Hauswesens geschieht, sofern der Aufwand nicht die Grenzen des dem Ehemanne obliegenden standesmäßigen Unterhaltes der Familie übersteigt. Langenn und Kori a. a. O.

1375) Quellen: Dig. Lib. 26. Tit. 2. Cod. Lib. 5. Tit. 28. de testamen-

stellung. a) Subjecte derselben. Die gesetzliche Vormundschaft der Familie kann durch letzten Willen aufgehoben und durch Bestellung gekorener Vormünder ersetzt werden. Bei der Darstellung der letztwilligen Vormundschaft sind die Grundsätze des älteren römischen Rechtes oder der sog. tutela testamentaria perfecta, von denen des neueren, nämlich der sog. tutela testamentaria imperfecta oder confirmatio iuris Romani zu trennen. — Die eigentliche testamentarische Tutel findet sich schon bei den Griechen, und nach der Behauptung von Gajus soll es keinen Staat gegeben haben, in welchem den Eltern nicht wenigstens die letztwillige Anordnung eines Pupillentutors gestattet gewesen wäre[1376]). Auch in Rom finden sich schon im ältesten patricischen und plebejischen Rechte[1377]) testamentarische Tutelen, so daß die 12 Tafeln in den Worten: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, nur das bereits ausgebildete Recht der testamenta in comitiis calatis und in procinctu auf das Mancipationstestament übertrugen. Allein das Recht der 12 Tafeln knüpfte die Wirksamkeit der testamentarischen Tutel an mehrere Bedingungen, welche theils das Recht der Bestellung, theils deren Form betreffen. Bei dem ius dandi kommt zuerst das Subject, dann der Umfang, endlich der Inhalt in Betracht. Was das Subject anlangt, so beruht das legare super tutela auf einer ganz anderen Grundlage, als das legare super pecunia, nämlich auf patria potestas und manus maritalis. Es steht daher nur dem römischen Hausvater in Bezug auf die seiner väterlichen Gewalt oder manus unmittelbar unterworfenen Pupillen oder Weiber zu[1378]). Die Voraussetzungen sind also: erstens, väterliche Gewalt oder manus, indem Niemand seinen Sclaven, Mancipirten und Sachen Tutoren bestellen kann; zweitens, impubes aetas, oder weibliches Geschlecht, so lange Geschlechtstutel galt[1379]); drittens, Suität der subiecti, denn sonst würden sie in die potestas oder manus der Mittelsperson zurückfallen[1380]). Wenn also der Erblasser fremden Personen sein Vermögen ganz oder zum Theil hinterläßt, so berechtigt ihn dies noch nicht zur Anordnung einer Tutel über sie. Umgekehrt kann der Erblasser über seine Kinder, auch wenn sie ganz enterbt, eine Tutel anordnen, da dieselbe iure potestatis mandirt wird, die Gewalt aber über enterbte Kinder ebensogut zusteht, wie über instituirte[1381]). Alles dies gilt auch bei dem Militärtestamente, indem die besonderen Privilegien der Soldaten sich auf die Verfügungen

---

taria tutela. Die Literatur findet sich in Lipenius, Bibl. iurid. und in den Nachträgen dazu von Schott, Senckenberg und Madihn s. v. tutela testamentaria.

1376) Gai. I. 189.

1377) Liv. I. 34. 46. Cic. de Orat. I. 53.

1378) Gai. I. 144. Ulp. Fragm. Tit. XI. §. 15. §. 3. Inst. I. 13. L. 1. pr. D. 26. 2.

1379) Gai. I. 144. 145. Vat. Fragm. §. 229. §. 3. Inst. I. 13.

1380) L. 73. §. 1. D. 50. 17.

1381) L. 4. D. 26. 2.

über die bona, nicht die tutela beziehen. Eine curatoris datio oder eine tutoris datio für Descendenten, welche nach dem Tode des Vaters, der als filius familias über sein castrensisches Peculium testirt, immer noch in des Großvaters Gewalt bleiben, ist daher auch hier ungiltig[1382]. Die einzelnen Personen, welchen der Erblasser Tutoren ernennen kann, sind folgende: 1) Söhne und Töchter in väterlicher Gewalt immer, weil sie stets sui und suae sind. 2) Entfernteren Descendenten, Enkeln, Urenkeln u. s. f. kann dagegen der parens, dessen Gewalt sie unterworfen sind, nur mit Einschränkungen Tutoren ernennen. War nämlich der nähere zwischen dem parens und ihnen in der Mitte stehende Descendent im Moment der datio durch Tod oder capitis deminutio schon ausgeschieden, dann gilt die datio, weil nun die Enkel ebensowohl sui sind als die Kinder. Stehen aber zur Zeit der Testamentserrichtung Sohn und Enkel, beide noch in der Gewalt, so kann der Großvater dem Enkel nicht wirksam Tutoren ernennen, weil dieser entweder nach des Großvaters Tode in seines Vaters Gewalt zurückfällt, folglich schon als homo alieni iuris keinen Tutor haben kann[1383], oder weil er, wenn etwa der Vater schon bei Lebzeiten des Großvaters durch Tod oder capitis deminutio aus der Familie ausgetreten sein sollte, als quasi-postumus des Großvaters betrachtet wird, folglich durch Quasiagnation das großväterliche Testament rumpirt, wodurch dann natürlich auch die in demselben enthaltene tutoris datio wegfällt[1384]. Allein in diesem Falle ist die Strenge des Rechtes seit der lex Iunia Velleia gemildert worden. Dieses Gesetz bestimmte nämlich, daß, wenn der Großvater seine Enkel von einem zur Zeit der Testamentserrichtung in der Familie befindlichen Sohne nur entweder eingesetzt oder namentlich enterbt habe, die Quasiagnation dieser Enkel dem Testamente keinen Nachtheil mehr zufügen solle[1385]. Zwar sagte das Gesetz nicht ausdrücklich, daß auch die tutoris datio in diesem Falle giltig bleiben solle; die römischen Juristen argumentiren in folgender Weise: Da der Austritt des Sohnes aus der Gewalt bei Lebzeiten des Großvaters bewirkte, daß nach dem Tode des Letzteren der Enkel sui iuris ist, folglich im allgemeinen unter Tutel stehen kann, so ist der alleinige Grund der Unwirksamkeit der tutoris datio in diesem Falle in der Ruption des Testamentes enthalten. Da aber dieser einzige Grund durch die lex Iunia Velleia aufgehoben ist, so steht der Wirksamkeit der tutoris datio in diesem Falle nichts mehr im Wege[1386]. Die tutoris datio für die Enkel ist folglich überhaupt nur dann noch unwirksam, wenn entweder dieselben im Testamente nicht instituirt oder exheredirt werden, wie es die lex Iunia Velleia vorschreibt,

1382) Rescript der D. Fratres angeführt in L. 2. D. 26. 2. L. 28. D. 29. 1. Cf. L. 41. §. 2. D. eod.

1383) Gai. I. 146. §. 3. Inst. I. 13.

1384) Gai. II. 133. §. 2. Inst. II. 13. L. 13. D. 28. 3.

1385) L. 29. §. 13. 14. D. 28. 3.

1386) L. 1. §. 2. L. 10. §. 2. D. 26. 2.

oder wenn ihr Vater bei dem Leben des Großvaters nicht aus der Familie ausscheidet. 3) Noch nicht geborene Descendenten stehen in mehrfacher Beziehung den geborenen gleich, und so verhält es sich auch bei der tutoris datio, obgleich es bei dieser erst allmälig anerkannt worden zu sein scheint. Zu den ungeborenen Descendenten gehören aber nicht blos die eigentlichen postumi und postumae, d. h. die erst nach dem Tode des paterfamilias geborenen, sondern auch die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geborenen, welche aber noch bei Lebzeiten des Erblassers geboren werden[1387]). Jedoch ist die tutoris datio für einen postumus nur unter folgenden Voraussetzungen wirksam: a) Derjenige, für welchen ein Tutor ernannt wird, muß überhaupt geboren werden. Die tutoris datio ist also hier immer eine bedingte. Fällt die Bedingung weg, so ist der zum Tutor Ernannte nicht Tutor. Hat er folglich auch schon vorläufig der Verwaltung sich unterzogen, so kann doch der etwaige Substitut nicht die actio tutelae, ja nicht einmal die actio protutelae und negotiorum gestorum gegen ihn anstellen. Es findet daher nur eine utilis negotiorum gestorum actio statt[1388]). Kommt dagegen der postumus wirklich zur Welt und der Tutor hat die Tutel administrirt, so findet allerdings actio tutelae, nicht blos wegen der jetzigen, sondern auch wegen der früheren Administration statt[1389]). b) Das nachgeborene Kind muß ebenfalls suus des Erblassers, d. h. es muß ein solches sein, welches, wenn es bei Lebzeiten des Erblassers geboren worden wäre, dessen Gewalt unmittelbar unterworfen sein würde[1390]). Dahin gehören z. B. postumi, mit welchen die Frau seines vorverstorbenen Haussohnes schwanger ist, nicht aber der Enkel eines noch lebenden oder emancipirten Haussohnes; denn jener würde, wenn er bei Lebzeiten des Großvaters geboren wäre, überall nicht in dessen Gewalt stehen, dieser aber wenigstens nicht seiner unmittelbaren Gewalt unterworfen sein. c) Der postumus, für welchen ein Tutor im Testamente ernannt ist, darf auch nicht ein solcher sein, welcher das Testament durch seine Agnation rumpirt. Denn sonst würde er freilich auch die tutoris datio als einen Theil des Testamentes ebenfalls mit vernichten müssen[1391]). Ursprünglich nun rumpirten alle postumi, selbst wenn sie instituirt oder exheredirt worden waren, das Testament, weil sie theils als incertae personae nicht bedacht werden konnten, theils nicht als sui eingesetzt worden waren. Allmälig ist diese strenge Regel aufgehoben worden, und zwar für die eigentlichen postumi schon iure civili[1392]),

1387) L. 3. §. 1. D. 28. 3.

1388) Paulus in L. 24. D. 27. 3. Weniger streng sind Callistratus in L. 29. D. 3. 5. und Ulpianus in L. 19. §. 2. D. 26. 2., welche wenigstens eine directa negotiorum gestorum actio zulassen.

1389) L. 19. §. 2. D. 26. 2. L. 29. D. 3. 5.

1390) Gai. I. 147. §. 4. Inst. I. 13. und dazu Theophilus. Ulpian. Fragm. Tit. 22. §. 15. L. 1. §. 1. D. 26. 2.

1391) L. 1. §. 1. D. 26. 2. verb.: „neque testamentum ruptari."

1392) Ulp. Fragm. Tit. 22. §. 19.

für diejenigen, welche bereits bei Lebzeiten des Erblassers geboren werden, durch die lex Iunia Velleia[1393]), sofern sie nur eingesetzt oder nominatim exheredirt worden sind. Seitdem ist denn auch die tutoris datio für diese postumi und quasi-postumi entschieden giltig[1394]), wie es wenigstens in Bezug auf die Velleiani durch ein ausdrückliches Zeugniß anerkannt ist[1395]). 4) Der Ehefrau in der manus kann der Ehemann ebenfalls in seinem Testamente einen Tutor ernennen, weil sie ihm filiae loco ist. Hingegen einer Frau, welche blos fiduciae causa in manu ist, kann der coemtionator keine Tutoren bestellen. In Bezug auf die Ehefrau ist aber der Mann nicht blos zur Ernennung eines Tutors für sie berechtigt (tutoris datio), sondern er darf ihr die eigene Wahl eines Tutors (tutoris optio) im Testamente überlassen. Dieser Grundsatz beruht auf juristischer Theorie[1396]). Schon Plautus, welcher im J. 570 nach Rom's Erbauung gestorben ist, kennt diesen Grundsatz[1397]) und das SC. de Bacchanalibus von 566 der Stadt setzt seine völlige Ausbildung voraus, indem es der Fescenia Hispala einräumt „uti tutoris optio item esset, quasi ei vis testamento dedisset“[1398]). Eine solche Verfügung enthält offenbar eine bedingte Vormundschaftsbestellung, welche nämlich davon abhing, ob die Frau von der ihr gestatteten Wahl eines Tutors Gebrauch machte. Ein solcher erwählter Tutor wurde gewiß auch schon durch die Wahl der Frau Tutor, ohne daß es noch der obrigkeitlichen Confirmation bedurfte[1399]), welche vielleicht in der Zeit der Ausbildung der tutoris optio noch gar nicht einmal bekannt war.

1393) L. 29. §. 11. 12. D. 28. 2. L. 3. §. 1. D. 28. 3. Ulp. Fragm. Tit. 22. §. 19. Am Schlusse der letzteren Stelle muß gewiß statt „ex lege Iulia“ vielmehr „ex lege Iunia“ gelesen werden.

1394) Eine Formel einer solchen tutoris datio hat Paulus in den Vat. Fragm. §. 229. mitgetheilt.

1395) L. 16. §. 6. D. 26. 2. Das Bedenken Ulpian's in dieser Stelle beruht freilich vielmehr in dem Zweifel darüber, ob der Erblasser auch unter dem Ausdrucke postumi nicht blos im strengsten Sinne des Wortes die eigentlichen Nachgeborenen gemeint haben könnte (vgl. Vat. Fragm. §. 229.), als in der möglichen Ruption des Testamentes; allein Ulpian hätte nicht bejahend respondiren können, wenn von dieser Seite der datio noch ein Hinderniß entgegen gestanden hätte. Vgl. L. 10. §. 2. D. 26. 2.

1396) Gai. I. 150.: „recepta est tutoris optio.“ Auch Cic. pro Murena cap. 12. hat wohl unter den mehreren genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur, welche die Juristen erfunden hatten, die optivi tutores mit verstanden.

1397) Plaut. Trucul. IV. 4. v. 6.

1398) Liv. 39. 19.

1399) Huschke, de privilegiis Fesceniae Hispalae SCto concessio. Gott. 1822. p. 51 sq. Freilich kann daraus, daß Gajus bei der testamentarischen Tutel über Pupillen der Confirmation nicht gedenkt, nicht geschlossen werden, daß solche auch bei der tutoris optio der Frauen nicht vorgekommen wäre; er schweigt eben über die Confirmation ganz. Da aber die tutoris optio nur zum Vortheile der Frau im Gegensatze der tutoris datio gereichte, um ihr größere Freiheit zu verschaffen, so läßt sich nicht denken, daß es hier noch einer obrigkeitlichen Confirmation bedurft haben sollte; denn sonst hätte möglicher Weise die Frau sich schlechter gestanden, als bei einer tutoris datio.

Der durch Wahl bestellte Tutor heißt tutor optionis, während der durch unmittelbare datio im Testamente Ernannte tutor dativus heißt[1400]). Der Ehemann kann dieses Wahlrecht unbeschränkt verstatten oder es auf bestimmte Male einschränken. In jenem Falle, z. B. Titiae uxori meae tutoris optionem do, ist ihre optio eine plena; in diesem Falle, z. B. wenn es heißt: Titiae uxori meae tutoris optionem duntaxat semel, bis, ter do, ist sie eine angusta[1401]). In beiden Fällen hingegen steht es in dem Belieben der Witwe, den Tutor entweder für alle ihre Angelegenheiten zu wählen (obschon sie bei der angusta optio nach dem Tode des Erwählten, sofern es die letzte ihr gestattete Wahl war, die Wahl nicht wiederholen darf) oder ihn nur für ein bestimmtes Geschäft zuzuziehen, was um so wichtiger ist, als eine datio dieser Art im Testamente nicht möglich gewesen wäre[1402]). Der Vortheil, welchen die tutoris optio gewährte, bestand darin, daß sie einestheils die Witwe gegen die Willkür ihrer legitimi tutores, also zunächst ihrer Söhne oder Stiefsöhne mehr sicherte, als die testamentarische Tutel, welche mit dem Tode des Tutors definitiv erlischt oder die Witwe wenigstens der Willkür eines bestimmten Tutors überläßt, und sie anderntheils doch auch nicht, wie im Falle einer Coemtion, nöthigte, aus der Familie ganz herauszutreten und ihr Erbrecht darin aufzugeben. Daß aber blos der Witwe, nicht auch der Tochter und Schwiegertochter tutoris optio verliehen werden kann, findet seine Erklärung wohl theils durch die Begünstigung, welche die Mutter im Verhältniß zu ihren Söhnen und Stiefsöhnen verdient, theils durch das Bedürfniß, ihr über ihre dos (d. h. bei der Ehe mit manus ihr ganzes Vermögen) die Verfügung zu sichern[1403]). Von Gajus wird zwar das Institut als noch praktisches Recht erwähnt; es wird aber bei der Seltenheit strenger Ehen und nach der Aufhebung der Agnatentutel durch die lex Claudia nicht häufig vorgekommen sein. Schon Ulpian gedenkt desselben in dem liber singularis regularum nicht mehr. 5) Die Schwiegertochter in der manus des Sohnes ist neptis loco und kann daher unter ähnlichen Bedingungen wie die Enkelin einen Tutor im Testamente des Schwiegervaters erhalten[1404]), doch nur einen tutor dativus; tutoris optio darf ihr der Schwiegervater nicht verstatten. b) Umfang des Rechtes zur Bestellung testamentarischer Tutoren[1405]). Einschränkungen der tutoris datio in passiver Beziehung könnten im allgemeinen theils auf mangelnder Competenz des Testators, theils auf dem Mangel der passiven Testamentifaction, theils auf der Unfähigkeit des ernannten Vormundes beruhen. 1) Was die

1400) Gai. I. 154.
1401) Gai. I. 151—153.
1402) Gai. I. 150.
1403) Huschke l. c. p. 55.
1404) Gai. I. 148. II. 159.
1405) Vgl. Inst. Lib. I. Tit. 14. Qui testamento tutores dari possunt.

Competenz des Testirers anlangt, so scheint eine Anwendung der Grundsätze von der iurisdictio tutelaris auf ihn umsomehr gerechtfertigt, als die Grenzen, welche der obrigkeitlichen tutoris datio gezogen sind, umsomehr für die tutoris datio eines Privatmannes gelten zu müssen scheinen. Allein die Bestimmung der 12 Tafeln: uti legassit super tutela suae rei, ita ius esto, hat offenbar den Sinn, daß die tutoris datio des Erblassers nicht in die Grenzen der iurisdictio tutelaris, sondern in die des legare oder der testamentifactio eingeschlossen sein sollte. In Gemäßheit dieses Grundsatzes kann dann der Testator auch solche Personen giltig zu Tutoren bestellen, welche der Magistrat nicht würde ernennen können, weil sie entweder pares maioresve potestates sind, z. B. den Consul oder einen anderen Prätor[1406]), oder deshalb nicht, weil sie nicht municipes der Stadt sind, über welche der duumvir Jurisdiction hat[1407]). 2) Dagegen darf der Testator nur solche Personen zu Tutoren wählen, cum quibus testamentifactio est, d. h. welchen er sein Vermögen mancipiren oder welche er zu Erben einsetzen kann[1408]). Dieses aber sind alle römischen Bürger und Latinen ohne Rücksicht auf Wohnort, Abhängigkeit oder Unabhängigkeit[1409]), Cölibat, Orbität u. s. w., während Peregrinen und Verschwender wegen Mangels oder Suspension des commercium ausgeschlossen sind. Eine Ausnahme findet hinsichtlich der Latini Iuniani vermöge der Lex Iuniana Norbani statt; dieses Gesetz hat nämlich, obschon dieselben Commercium überhaupt und daher auch in Bezug auf Testamente haben, doch ihre Ernennung zu Tutoren ausdrücklich untersagt[1410]). 3) Die Beschränkung der tutoris datio wegen Unfähigkeit des Tutors anlangend, so sind die allgemeinen Grundsätze über diese hier nicht selten gemildert. Eine bleibende Unfähigkeit macht zwar auch die tutoris datio ungiltig. Ist die Unfähigkeit aber nur vorübergehend, dem Erblasser bekannt, und derselbe hat dennoch den Unfähigen zum Tutor ernannt, so ist anzunehmen, daß er es unter der Bedingung gethan habe, wenn das Hinderniß gehoben sein würde. Solche vorübergehende Zustände sind Sclaverei, Unmündigkeit und Minderjährigkeit, Wahnsinn. a) Hinsichtlich der Sclaven ist zwischen eigenen und fremden zu unterscheiden. Die Ernennung eines eigenen Sclaven zum Tutor war von jeher gewiß dann giltig, wenn er cum libertate zum Tutor ernannt war. War er sine libertate zum Tutor ernannt, so war er zwar nicht zur Zeit des Erbschaftsantrittes von selbst frei[1411]); es

---

1406) L. 20. §. 1. D. 26. 2.

1407) L. 32. pr. D. 26. 2. Cf. L. 3. D. 26. 5. L. 10. D. 26. 1. L. 13. §. 12. D. 27. 1.

1408) Ulp. Fragm. Tit. XI. §. 16. L. 7. 21. D. 26. 2.

1409) Pr. Inst. I. 14. L. 7. D. 26. 2.

1410) Gai. I. 23. Ulp. XI. 16. Vgl. jedoch Vat. Fragm. §. 193. 221. Ueber den Grund dieses Verbotes s. Rudorff, Vormundschaftsrecht §. 36, Bd. 1, S. 279 flg.

1411) Wenn auch Paulus in L. 32. §. 2. D. 26. 2. das Gegentheil sagt, so ist doch nach der Bemerkung von Göschen in der Zeitschr. f. gesch. RW.

war aber doch darin offenbar ein Fideicommiß der Freiheit und eine bedingte tutoris datio enthalten, da der Erblasser unmöglich den Willen gehabt haben konnte, einen Sclaven zum Tutor seines Sohnes zu ernennen, wohl aber einen Freigelassenen[1412]). Die testamentarische Tutel kann in diesem Falle erst durch die Manumission des zum Tutor ernannten Sclaven von Seiten des Fiduciars wirksam werden[1413]). Die praktische Schwierigkeit, welche dann entstand, wenn dieser Fiduciar eben der Pupill selbst ist, dessen Tutor der Freigelassene werden soll, weil dieser selbst den Sclaven nicht manumittiren kann, indem es dazu der auctoritas tutoris bedarf, ein tutor ad hunc actum ihm aber auch nicht bestellt werden kann, indem er schon einen testamentarischen Tutor hat, dessen Verwaltung nur noch nicht wirksam ist, wird durch das Contumacialverfahren des SC. Dasumianum gelöst. Der Fiduciar wird nämlich als Pupill einem ex iusta causa Abwesenden gleich behandelt, der Sclave wird also in contumaciam freigelassen (jedoch so, daß dem Pupillen das Patronatrecht verbleibt) und erhält von diesem Zeitpunkte an auch die Tutel über seinen Patron[1414]). Wegen der Weitläufigkeit dieses Verfahrens und der daraus möglicher Weise für den Pupillen und die Freiheit entstehenden Nachtheile bestimmt nun aber Justinian, daß in der tutoris datio eines eigenen Sclaven nicht blos eine fideicommissarische, sondern sogar eine directe Freilassung desselben liegen soll, so daß also der Sclave, in Ermangelung beigefügter besonderer Bedingungen oder Zeitbestimmungen, im Augenblicke des Erbschaftsantrittes von selbst frei und Tutor ist[1415]). War hingegen der ernannte Tutor ein fremder Sclave, so ist die Ernennung auf jeden Fall dann giltig, wenn sie unter der Bedingung: cum liber erit, geschehen ist[1416]). Freilich kann, wenn der Pupill schon einen anderen Tutor hat, welchen der Vater ihm nämlich früher im Testamente ernannte, der manumittirte Sclave blos Curator werden, „quia tutorem habenti tutor non datur"[1417]). Ist ein fremder Sclave unbedingt zum Tutor ernannt, so liegt nach der Meinung Ulpian's in einer solchen pura datio stillschweigend die Bedingung: cum liber erit[1418]). Ja nach derselben Meinung, welche in dieser Beziehung noch durch ein Rescript von Valerianus und Gallienus Bestätigung erhält, enthält die unbedingte datio eines fremden Sclaven ebensogut ein Fideicommiß der Frei-

Bd. 3, S. 287 die Beziehung auf directe Freiheit erst von den Compilatoren aus L. 5. pr. C. VI. 27. hineingetragen; denn da die Frage nur auf die fideicommissarische Freiheit ging, so hat Paulus ohne Zweifel auch nur über diese seine rechtliche Ansicht ausgesprochen.

1412) L. 9. C. VII. 4. L. 10. §. 4. D. 26. 2.

1413) L. 28 §. 1. D. 26. 2.

1414) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 13 §. 3. L. 36. pr. D. 40. 5.

1415) §. 1. Inst. I. 14. L. 5. pr. C. VI. 27.

1416) §. 1. Inst. I. 14. L. 10. §. 4. D. 26. 2.

1417) L. 5. C. V. 28.

1418) L. 19. §. 4. D. 26. 2.

heit für denselben, wie die datio eines eigenen; der Erbe ist folglich verbunden, den fremden Sclaven zu kaufen und zu manumittiren und im Augenblicke der Manumission wird letzterer Tutor [1419]). In den Institutionen findet sich jedoch eine Stelle, wonach bei der unbedingten tutoris datio eines fremden Sclaven die Bedingung cum liber erit, nicht stillschweigend verstanden, folglich eine solche datio schlechthin für ungiltig erklärt wird, so daß also ein fremder Sclave überhaupt nur unter der ausdrücklichen Bedingung der Freiheit zum Tutor ernannt werden kann [1420]). Selbstverständlich kann übrigens die Ernennung eines Sclaven zum Tutor nur dann wirksam sein, wenn der Erblasser seinen Stand kannte. Denn sonst ist zu vermuthen, daß er ihn nicht gewählt haben würde; mithin ist nicht nur die tutoris datio ungiltig [1421]), sondern auch kein Fideicommiß der Freiheit anzunehmen, weil auch dieses den Willen des Testirers voraussetzt, welchen der Irrthum ausschließt [1422]). b) Minderjährige können gewiß unter der Bedingung der Volljährigkeit zu Tutoren ernannt werden. Aber auch ihre unbedingte Ernennung zu solchen ist unter derselben Bedingung zu verstehen [1423]), weil zu vermuthen ist, der Testator wolle erst dann das Vermögen seiner Kinder dem Tutor anvertraut wissen, wenn dieser fähig sei, seinem eigenen Vermögen ordentlich vorzustehen und dem Mündel für seine Verwaltung selbst und mit seinem Vermögen zu haften [1424]). Bis dahin, daß der testamentarische Tutor die Volljährigkeit erreicht, wird ein interimistischer Tutor oder Curator von der Obrigkeit schon nach der lex Atilia an seiner Stelle erwählt [1425]). c) Wahnsinnige können nach der übereinstimmenden Ansicht der alten Juristen unter der ausdrücklichen Bedingung der Genesung zu Tutoren ernannt werden. Dagegen waren deren Ansichten über die Wirksamkeit einer unbedingten Ernennung verschieden. Proculus hielt die Ernennung für nichtig, Pomponius dagegen für bedingt giltig, indem er jene Bedingung stillschweigend verstanden wissen wollte [1426]). Für letztere Ansicht haben sich Ulpian, Paulus [1427]) und Justinian [1428]) entschieden. Bis zur Genesung wird auch hier ein interimistischer Vormund nach der lex Atilia bestellt [1429]), welcher wieder abgeht, sobald der testamentarische Tutor hergestellt ist. So verhält es sich bei vorübergehender Unfähigkeit des im Testamente ernannten Tutors; bei bleibender Unfähigkeit

1419) L. 10. §. 4. D. 26. 2. L. 9. C. VII. 4.
1420) §. 1. Inst. I. 14.
1421) §. 1. Inst. I. 14. L. 22. D. 26. 2.
1422) L. 22. D. 26. 2. L. 24. §. 9. D. 40. 5. L. 9. C. VII. 4.
1423) L. 32. §. 2. D. 26. 2. §. 2. Inst. I. 14.
1424) L. 5. C. V. 30.
1425) L. 10. §. 7. D. 27. 1.
1426) L. 10. §. 3. D. 26. 2.
1427) L. 11. D. 26. 1.
1428) §. 2. Inst. I. 14.
1429) L. 10. §. 8. L. 12. D. 27. 1.

desselben ist die Bestellung ganz unwirksam. Doch ist auch hier noch ein Unterschied zwischen juristischer und physischer Unfähigkeit. Im ersten Falle nämlich, z. B. bei Ernennung einer Frau, rückt die legitima tutela nach[1430]). Im letzteren Falle hingegen, z. B. bei Ernennung eines tauben oder stummen Tutors besteht die Bestellung der Strenge nach zu Recht; es wird aber an die Stelle des Unfähigen ein obrigkeitlicher Vormund, und zwar nicht ex lege Atilia, sondern ex SCtis bestellt[1431]). c) Inhalt der tutoris datio. In Betreff des Inhaltes des ius dandi gelten folgende Grundsätze: 1) Zunächst kann der Erblasser über das Recht der Tutel völlig willkürlich verfügen, so daß er es sogar der Familie und ganz fremden Personen übertragen kann; von der Cura gilt dies nicht[1432]). 2) Ebensowohl wie über das ius tutelae selbst, kann der Erblasser über die Ausübung der Tutel (administratio, gestio tutelae) verfügen in folgender Weise: a) er kann sie dem einen Tutor ganz entziehen, so daß dieser blos den Namen und die Ehre eines Tutors, nicht aber dessen active Functionen hat, also nur tutor honorarius ist, was das Edict für rechtsbeständig erklärt[1433]); b) er kann die Verwaltung unter mehreren, nach Bezirken oder Geschäftszweigen, theilen[1434]); c) er kann die Tutoren an den Rath gewisser von ihm zu benennender Personen, welche theils Mittutoren (tutores notitiae causa dati), theils fremde sein können, binden[1435]); d) er kann die Art und Weise der Verwaltung selbst näher bestimmen; die Tutoren sind jedoch nur insofern daran gebunden, als diese Vorschrift verständig ist[1436]). 3) Auf die Frage, ob der Erblasser, sowie er die administratio tutelae theilweise entziehen und auf gewisse Sachen beschränken darf, so auch das ius tutelae auf gewisse Sachen, Vermögenstheile, Geschäfte zu beschränken befugt sei, enthalten die in der Note angeführten Stellen die Antwort[1437]). Der Sinn dieser Stellen ist ohne Zweifel nicht der: man könne keiner Sache oder keinem Rechtshandel, sondern nur einer Person einen Tutor bestellen; denn, so verstanden, wäre jener Satz nicht blos auf certae res, d. h. auf einzelne Sachen, sondern auch auf Theile des Vermögens, z. B. res Africana oder res Syriatica u. s. w. zu beziehen, bei welchen er doch ausdrücklich und bestimmt geleugnet wird; vielmehr ist der wahre Sinn folgender: man könne keinem Pupillen und keiner Frau einen Tutor geben, welcher blos bei einer einzelnen Sache oder einem einzelnen Rechtsgeschäfte oder

---

1430) L. 26. pr. D. 26. 2. L. 16. pr. L. 18. D. 26. 1. L. 1. C. V. 35.

1431) L. 1. §. 2. 3. D. 26. 1. L. 10. §. 1. L. 11. D. 26. 4. vgl. mit L. 17. D. 26. 1.

1432) L. 7. C. V. 28. §. 1. Inst. I. 23. L. 1. §. 1. D. 26. 3. L. 34. §. 1. D. 7. 1. L. 16. D. 27. 10. L. 40. D. 26. 7.

1433) L. 3. §. 1. L. 24. §. 1. D. 26. 7.

1434) Vat. Fragm. §. 229.

1435) L. 5. §. 8. L. 47. D. 26. 7. L. 31. §. 6. D. 3. 5. L. 2. §. 15. D. 38. 17.

1436) L. 5. §. 8. 9. L. 47. §. 4. L. 58. pr. D. 26. 7.

1437) L. 12—15. D. 26. 2. §. 4. Inst. I. 14. §. 2. Inst. I. 23.

auch bei dem Vermögen mit Abzug gewisser Sachen Auctor werden dürfe; würde dies dennoch geschehen, so sei die ganze Bestellung ungiltig. Es fragt sich aber, ob dieser Satz für alle Arten der Tutel gelte oder sich nur auf die testamentarische Tutel beschränke. Die Meisten halten diesen Satz für eine allgemeine Regel der Tutel überhaupt und finden darin den hauptsächlichsten Unterschied der Tutel von der Cura. Dagegen beziehen ihn Andere [1438]) nur auf die testamentarische Tutel; denn erstens beschränkten die angeführten Stellen theils durch ihre Worte, theils durch ihre Stellung im Digestentitel: de testamentaria tutela und im Institutionentitel: qui testamento tutores dari possunt, die ganze Regel nur auf die testamentarische Tutel; zweitens aber beweise die Eintheilung der tutela in generalis und specialis, und die Existenz des tutor praetorius, ad litem, ad dotem dandam, dicendam, promittendam, ad hereditatem adeundam und überhaupt des tutor certi negotii [1439]) zur Genüge, daß der obrigkeitlichen tutoris datio die ganze Regel fremd sei und sie folglich nicht als eine allgemeine betrachtet werden könne. Die richtige Meinung liegt aber in der Mitte. Der Satz gilt von beiden den 12 Tafeln bekannten Arten der Tutel, der gesetzlichen und der testamentarischen, ja noch von der Atilianischen, also ursprünglich von aller Tutel. Erst seit Ausbildung der späteren obrigkeitlichen Specialtutelen ist er nicht allgemein wahr. Als Grund des alten Rechtssatzes giebt Marcian [1440]) die Regel an: tutor personae, non rei vel certae causae datur. Darin liegt aber keine wirkliche Erklärung. Denn versteht man diese Regel von der Tutel überhaupt und erklärt sie entweder mit Savigny dahin, daß der Tutor zur Ergänzung der ganzen juristischen Persönlichkeit des Pupillen gegeben werde, mithin in der Regel nicht auf einzelne Rechtsverhältnisse desselben beschränkt werden könne [1441]), oder mit Noodt so, daß der Tutor überhaupt nur einer Person und zwar einer physischen Person (einem Pupillen oder einer Frau), nicht aber einer Sache oder einem Geschäfte bestellt werden könne, weil auctoritas nur bei Personen anwendbar ist [1442]) oder endlich mit Heimsöth [1443]) so, daß bei der Bestellung eines Tutor kein bestimmtes Vermögen nothwendig sei, sondern eine bloße Person ohne Vermögen genüge, dann ist zwar jeder dieser Sätze an sich richtig; er erklärt aber nicht das besondere Recht der gesetzlichen und testamentarischen Tutel, im Gegensatze der obrigkeitlichen. Beschränkt man aber auch die Regel auf die ältere Natur der Tutel und versteht sie,

1438) v. Löhr, im Magaz. f. RW. u. Gesetzg. Bd. 3, S. 19. Puchta, im Rhein. Mus. v. 1828 S. 384—386.

1439) L. 5. C. V. 44.

1440) L. 14. D. 26. 2.

1441) Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzg. u. Rechtswissensch. S. 104.

1442) Noodt ad Pand. 26. 2. Vol. II. p. 414. §. vult. ergo lex.

1443) Heimbach, de usufr. accresc. Colon. 1831. p. 29. n. 6.

was wohl richtig ist, so, daß ursprünglich jeder Tutor habe nur ein genereller, kein specieller (in hac lite, defuncto fundo Tusculano) sein dürfen, so enthält sie doch keine Erklärung des Satzes, sondern nur eine Tautologie. Die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, sollte in dieser Verlegenheit noch Manchen Aufschluß geben [1444]). Allein damit stimmen wieder die Wirkungen des Satzes nicht überein; denn testirt Jemand über einen Theil seines Nachlasses, über einen anderen nicht, so ist die Einsetzung nicht ungiltig, sondern es wächst vielmehr der Theil, worüber nicht testirt ist, dem eingesetzten Erben zu. Dagegen ist nun aber hier, wenn der Erblasser einen Tutor nicht auf das Ganze, sondern nur auf bestimmte Sachen und Geschäfte ernannt hat, gerade umgekehrt die ganze datio ungiltig. Wahrscheinlich liegt, wie Rudorff vermuthet, der Schlüssel des alten Rechtssatzes zunächst in dem älteren Zwecke der Tutel überhaupt, indem diese, als ein Mittel zur Erhaltung des künftigen Erbrechtes, nur generell sein konnte, weil ein beschränktes Einwilligungsrecht nicht ausreichend gewesen wäre. Dazu kommen nur vielleicht bei der testamentarischen noch die Ausdrücke, in welchen die 12 Tafeln diese Tutel anerkennen. Nicht super tutela, sondern nur super tutela sua oder suae rei soll der Erblasser verfügen dürfen. Dies kann nicht heißen: über die Tutel seines Vermögens, weil eine Tutel nur über Personen, nicht über Sachen möglich ist; sondern es kann nur heißen: über die generelle und unbestimmte Tutel der Seinigen in Bezug auf ihr ganzes Vermögen, im Gegensatze einzelner Sachen oder einzelner Geschäfte. Wenn er also über eine tutela certae rei oder certi negotii verfügt, so ist dies eine Disposition gegen die 12 Tafeln. Wenn er sich über den beabsichtigten Umfang der Tutel nicht erklärt, so ist im Zweifel die Anordnung einer tutela generalis anzunehmen, weil die gesetzliche Absicht immer zu vermuthen und eine zweifelhafte Verfügung möglichst aufrecht zu erhalten ist. Daher steht auch jedem testamentarischen Tutor das Recht der auctoritas und der Verwaltung ganz allein zu, ohne Zuziehung seiner Collegen. Daher erklärt sich auch die in L. 15. D. 26. 2. erwähnte scheinbare Ausnahme; denn bei der Anordnung eines tutor rei Syriaticae oder Africanae darf man nicht voraussetzen, daß der Erblasser eine ungiltige tutela specialis habe anordnen wollen, sondern es ist vielmehr anzunehmen, er habe das ius tutelae ungetheilt und unvermindert verleihen und nur die Ausübung und Verwaltung der Tutel nach Regionen theilen wollen, beides zwar der Kürze halber in jenem zweifelhaften Ausdrucke zusammengefaßt, im Grunde aber damit genau dasselbe beabsichtigt, was Paulus in einer weitläufigeren, uns aufbewahrten Formel ausdrückt [1445]).

1444) Dies ist die Ansicht z. B. von Glück, Erläut. der Pand. Bd. 28, S. 440 flg.

1445) Vat. Fragm. §. 229.

2) Handlung der datio. a) Willensbestimmung[1446]). Was den letzten Willen selbst betrifft, wodurch ein Tutor ernannt wird, so kommt erstens dessen Dasein und Beschaffenheit und sodann seine Form in Betracht. 1) Das erste Erforderniß einer giltigen testamentarischen tutoris datio ist Dasein des Willens. Sie gilt nur, sofern der Erblasser sie gewollt hat. Dieser Satz zeigt sich in folgenden Anwendungen: a) Fügt der Erblasser Bedingungen oder Zeitbestimmungen hinzu, so gilt die datio nur innerhalb dieser von ihm gewollten Grenzen; denn die Giltigkeit einer solchen Verfügung unterliegt deshalb keinem Bedenken, weil die Vormundschaft als ein vermöge seiner Natur vorübergehendes oder wenigstens leicht zerstörbares Verhältniß sich der Zeit nach ohne Schwierigkeit begrenzen läßt[1447]). Wenn daher Jemand ex conditione oder ex die zum Tutor ernannt ist, so beginnt die Tutel erst mit der Erfüllung der Bedingung oder mit dem Erscheinen des Termins. Bei Ausfall der Bedingung ist die ganze tutoris datio ungiltig, weil dies der Erblasser so gewollt hatte[1448]). Wenn dagegen der Tutor ad diem oder ad conditionem ernannt ist, so erlischt die Tutel mit dem Endtermine oder dem Eintritte der Resolutivbedingung und die legitima tutela rückt nach[1449]). b) Wesentlicher Irrthum schließt überhaupt den Willen aus, mithin vernichtet er auch die testamentarische tutoris datio. Deshalb war nach dem früher Bemerkten die Ernennung eines Sclaven, welchen der Erblasser für frei hielt, ungiltig. Aus demselben Grunde ist die datio auch in folgendem Falle ungiltig. Weiß der Erblasser von einem seiner Söhne nicht, daß er sein Sohn sei oder hält ihn für todt und ernennt nun „seinen sämmtlichen Söhnen" einen Tutor, so gilt die datio nur für die Uebrigen. Anders steht es freilich, wenn der Vater blos keine Nachricht von ihm hat, z. B. wegen dessen langer Abwesenheit oder Gefangenschaft. Hier gilt die datio, wenn nicht der Vormund beweist, der Testirer habe diesen nicht mit gemeint[1450]). 2) Der wirklich vorhandene Wille muß auch ein sittlicher und rechtlich giltiger letzter Wille sein. a) Aus diesem Grunde müßte dem alten Rechte nach eine tutoris datio poenae nomine als nichtig betrachtet werden. Eine solche ist aber wenigstens im juristischen Sinne nicht möglich; sie ließe sich etwa nur so denken: Si heres meus filiam suam, Titio in matrimonio non collocavit, C. Optatum Lucio filio meo tutorem do. Diese Verfügung würde aber gar keine Strafe des Erben für die Unterlassung der vom Testator gewünschten Handlung enthalten; es kann daher eine solche tutoris datio nur als eine gewöhnlich bedingte, nicht aber als eine Strafe des Erben angesehen werden. Sie ist daher schon nach

---

1446) Haubold, Exerc. iur. civ. de tutore incerto (Opusc. T. I. p. 349—376).

1447) L. 8. §. 2. D. 26. 2.

1448) L. 8. §. 1. D. 26. 2.

1449) L. 14. §. 3. 5. D. 26. 1. §. 3. Inst. I. 14. §. 5. Inst. I. 22.

1450) L. 16. §. 2—4. D. 26. 2.

älterem Rechte giltig, was sie nach Justinianeischem ohnehin sein würde[1451]). b) Dagegen kommt dieser Grundsatz in einer anderen Anwendung auch bei der Vormundschaft zur Sprache. Eine Folge desselben ist nämlich die allgemeine Regel: certum consilium debet esse testantis[1452]), welche auch auf die Bestellung eines Tutors bezogen wird. Diese Verfügung ist nämlich nur dann giltig, wenn der Erblasser sie selbst bestimmt gewollt und nicht etwa die nähere Bestimmung noch entweder einem Anderen oder gar dem Zufalle überlassen hat. Deshalb sind folgende Bestellungen eines Tutors ungiltig: aa) Die Ernennung einer incerta persona zum Tutor. Eine solche ist aber ernannt, sobald der Testator selbst zur Zeit der Testamentserrichtung gar nicht näher hätte angeben können, wer denn eigentlich der Tutor sein werde. Nach dem alten Civilrechte wurde überall keine letzte Willensordnung zu Gunsten solcher incertae personae als giltig betrachtet, namentlich nicht Tutel. Wenn nun auch Justinian in einer besonderen, jedoch nicht erhaltenen Constitution in den meisten Fällen letztwillige Verfügungen zu Gunsten ungewisser Personen für giltig erklärt[1453]), so hat er doch für die tutoris datio das ältere Recht ausdrücklich beibehalten[1454]). bb) Eine Ernennung, bei welcher die Bestimmung des Pupillen der reinen Willkür des Tutors überlassen ist, ist ungiltig; z. B. wenn die Ernennung des Tutors so lautet: Illi aut illi filiis meis, utri eorum volet, Titius tutor esto. Dagegen ist gegen folgende Ernennung: Titius, si volet, illi filio meo tutor esto, nichts einzuwenden. Denn im ersten Falle hat der Erblasser einen wesentlichen Punkt der datio, nämlich die Person des Pupillen unbestimmt gelassen; im zweiten hingegen hat er alle wesentliche Stücke bestimmt und dem Tutor nur verstattet, sich von der Tutel loszusagen, wenn er sie nicht führen will[1455]). cc) Sagt der Erblasser im Testamente: Illum aut illum tutorem esse volo oder iubeo, so war die Wirkung einer solchen Verfügung sowohl von den älteren römischen Juristen, als in kaiserlichen Verordnungen verschieden bestimmt worden. Nach der zu Gunsten der Pupillen gegebenen Entscheidung Justinian's sollen beide die Tutel verwalten, mithin aut durch et interpretirt werden[1456]). dd) Bereits früher wurde bemerkt, daß die tutoris optio in einem gewissen Falle der Person, welche eines Tutors bedarf, selbst überlassen werden kann. 3) Der Satz, daß nur das vom Erblasser in Bezug auf die Tutel Gewollte gelten könne, setzt Deutlichkeit und Unzweifelhaftigkeit dieses Willens voraus. Ist solche

---

1451) Gai. II. 237.
1452) Ulp. Fragm. 22. 4. §. 27. Inst. II. 20.
1453) Cod. Lib. VI. Tit. 48. de incertis personis. Vgl. besonders Heimbach, über Justinian's Constitution de incertis personis, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. V, S. 1—103.
1454) §. 27. Inst. II. 20.
1455) L. 23. pr. §. 1. D. 26. 2.
1456) L. 4. C. VI. 38.

zu vermissen, so ist das Gewollte durch Auslegung zu ermitteln. Wenn darüber die römischen Juristen auch bei dieser Gelegenheit keine Theorie aufstellen, so enthalten doch ihre Schriften mehrere hier einschlagende Musterauslegungen, welche folgende Punkte betreffen: a) die Bezeichnungen der Kinder, für welche der Tutor ernannt wird. Hat der Erblasser den Ausdruck liberi gewählt, so ist die tutoris datio nicht blos auf die Kinder, sondern auch auf die nepotes sui zu beziehen[1457]). Wählte dagegen der Erblasser den Ausdruck filii, so fragt es sich, ob solcher auch die Töchter umfaßt, ob also der für die filii ernannte Tutor blos Pupillentutor der unmündigen Söhne oder aber zugleich Pupillen- und Geschlechtstutor der Töchter wird. Für die erste Meinung entschied sich Labeo[1458]), für die letzte Proculus, und diese wurde die herrschende Auslegung[1459]), welche freilich im neuesten Rechte mit dem Verschwinden der Geschlechtstutel praktisch nicht mehr so wichtig ist wie früher. Dagegen begreift dieser Ausdruck in der Regel die Enkel nicht mit, wenn nicht besondere Gründe zur Annahme des Gegentheiles nöthigen[1460]). Das Wort filiae umfaßt immer nur die Töchter[1461]). Dagegen werden unter den Ausdrücken filii und filiae nicht blos die sui und suae, sondern auch die postumi und postumae verstanden[1462]). Letztere Ausdrücke sind auch wohl nicht nur auf die nach dem Tode geborenen, sondern auch auf die nach dem Testamente geborenen zu beziehen, seitdem auch diese giltig bevormundet werden können, auch nicht blos auf die filii, sondern auch auf die ceteri liberi[1463]). b) Die Bedingungen, unter welchen der Tutor ernannt ist. Manche derselben trug man durch bloße Interpretation in die Verfügung hinein, z. B. die Bedingung si liber, maior, sanae mentis erit, bei der Ernennung eines unfreien, minderjährigen, wahnsinnigen Tutors[1464]). Bei anderen ausdrücklich beigefügten Bedingungen kann doch der Sinn zweifelhaft sein und ist dann ebenfalls durch Auslegung zu ermitteln. Ein Beispiel findet sich in einer Stelle von Javolenus. Hat nämlich der Erblasser zwei Tutoren einander so substituirt: Lucium Titium tutorem do, si is non vivit, tum Caium Plautium tutorem do, so fragt es sich nach der Bedeutung jener Bedingung. Sie kann bedeuten: „sobald Titius gestorben sein wird.“ Hier würde Cajus Plautius auch dann Tutor werden, wenn jener wirklich den Erblasser noch überlebt und eine Zeit lang die Tutel verwaltet hätte. Sie kann aber auch heißen: „wenn Titius vor mir sterben wird, so substituire ich ihm dem Cajus Plautius.“ Für

1457) L. 6. D. 26. 2. §. 5. Inst. I. 14.

1458) L. 116. D. 50. 17.

1459) L. 16. pr. D. 26. 2.

1460) L. 6. D. 26. 2. §. 6. Inst. I. 14. Siehe jedoch L. 201. 202. §. 1. D. 50. 16.

1461) L. 45. pr. D. 30.

1462) L. 5. D. 26. 2. L. 164. pr. D. 50. 16. §. 5. Inst. I. 14.

1463) L. 164. pr. D. 50. 16.

1464) L. 16. §. 5. D. 26. 2.

erstere Auslegung entschieden sich Labeo und Proculus, für letztere Trebatius und Javolenus; durch letzteren ist sie in Justinian's Rechtsbüchern die herrschende geworden. Sie stützt sich auf die Annahme, daß der Erblasser doch wahrscheinlich, wie bei der Vulgarsubstitution, sich in die Zeit seines Todes versetzt, so daß die Bedingung vollständig lauten würde: si mortis meae tempore Titius non vivit, tunc Caius Plautius tutor esto [1465]). Auch kann das Verhältniß verschiedener Bedingungen zweifelhaft sein, z. B. der Erblasser hat zuerst gesagt: Titius, cum poterit, tutor esto, später aber, Titius, si navis ex Asia venerit, tutor esto. Wenn hier die testamentarische Tutel dem Rechte der Erbeinsetzung und der Freiheit folgte, so würde die levissima conditio vorgezogen werden. Die Interpretation hat sich aber für die Analogie der Legate entschieden, nach welcher die spätere Verfügung (novissima scriptura) die frühere aufhebt [1466]). c) Die Gattung der Tutel. Ernennt der Erblasser seinen unmündigen Töchtern Tutoren, so meint er sowohl Pupillen- als Geschlechtstutel; die Tutoren bleiben mithin auch über die Pubertät hinaus [1467]). — So lange nun überhaupt der Sinn einer letztwilligen Verfügung durch Auslegung sich ermitteln und erweisen läßt, wird sie aufrecht erhalten [1468]). Erst wenn dies wegen zu großer Undeutlichkeit der Ausdrücke des Erblassers nicht möglich ist, wird sie ungiltig. Ein Beispiel giebt eine in den Digesten enthaltene, jetzt aber durch die Vaticanischen Fragmente vollständiger bekannt gewordene Stelle aus den Quästionen des Paulus. Ernennt der Erblasser den Titius zum Tutor, es sind aber zwei dieses Namens, Vater und Sohn, vorhanden, so muß der Kläger beweisen, daß dieser unter ihnen gemeint sei. Kann er nun von keinem von beiden erweisen, daß der Erblasser ihn gemeint habe, so ist die datio ungiltig, aber nicht aus juristischen Gründen, sondern wegen Mangels am Beweise [1469]). Dieselben Grundsätze ließen sich in einem von Ulpian angeführten Falle anwenden, wenn nämlich Jemand mehrere Söhne hat und in seinem Testamente einen Tutor mit den Worten ernennt: filio meo tutorem do, ohne näher anzugeben, welchen seiner Söhne er meine. Pomponius war hier zweifelhaft. Ulpian aber entschied sich dafür, daß die datio auf alle Söhne zu beziehen sei [1470]). b) Willenserklärung. Die 12 Tafeln haben den letzten Willen nur insofern für rechtsgiltig erklärt, als er in einer anerkannten civilrechtlichen Form ausgesprochen wird. Diese Form ist die des legare, d. h. die einer lex oder eines giltigen Testamentes [1471]). Hieraus ergeben sich folgende einzelne Erfordernisse:

1465) L. 33. D. 26. 2. Dirksen, Beiträge Abth. 1. C. 1. §. 2. N. V. S. 97, 98.
1466) L. 10. §. 1. D. 26. 2.
1467) Gai. I. 145.
1468) L. 30. D. 26. 2. Vat. Fragm. §. 227.
1469) Vat. Fragm. l. c. „Non ius deficit, sed probatio."
1470) L. 16. §. 1. D. 26. 2.
1471) L. 2. C. V. 29.

1) Der letzte Wille muß ein testamentum, d. h. ein vor Zeugen erklärter sein. Wer diese Zeugen waren, ergiebt sich aus den verschiedenen Testamentsformen der älteren Zeit. Später waren sieben Zeugen erforderlich. Die tutoris datio in einer Erklärung ohne Zeugen, in einer epistola oder codicilli, ist nach Civilrechte ungiltig [1472]). Eine Ausnahme tritt ein, wenn das Codicill im Testamente bestätigt ist, weil es dann Theil des Testamentes selbst wird [1473]). 2) Tutor separatim sine pecunia dari non potest, d. h. der Erblasser kann nicht rechtsbeständig einen Tutor ernennen, ohne zugleich über sein Vermögen letztwillig zu verfügen [1474]). Dies bedeutet nun zwar nicht, daß er gerade seinen Kindern Vermögen und Tutel zugleich hinterlassen, sondern nur, daß er irgend Jemanden zum Erben ernennen muß. Die heredis institutio wurde allmälig allein das caput und fundamentum totius testamenti. Dieser Satz findet sich in Bezug auf die tutoris datio in folgenden Anwendungen: a) Enthält das Testament keine Erbeinsetzung, so besteht auch die testamentarische Tutel nicht [1475]). b) Ist aber auch eine Erbeinsetzung erfolgt, so besteht doch die tutoris datio nur insofern, als sie durch Ausschlagung der Erbschaft nicht unwirksam wird [1476]). Daher wird auch die Tutel erst mit Antritt der Erbschaft oder mit Erfüllung der Bedingung u. s. w. deferirt, so daß die Fristen der Excusation erst von da an laufen und vorher eine Atilianische Tutel angeordnet wird [1477]). Da es übrigens zur Bekräftigung des Testamentes hinreicht, wenn nur Einer der eingesetzten Erben die Erbschaft antritt, indem nach den Grundsätzen des testamentarischen Anwachsungsrechtes selbst durch das Ausschlagen der Erbschaft das Testament nicht mehr destituirt werden kann, so muß auch zur Confirmation der Tutel ein solcher Antritt Eines Erben genügen [1478]). c) Im älteren römischen Rechte wurde der Satz, daß die heredis institutio das caput und fundamentum totius testamenti sei, so streng genommen, daß selbst, wenn das Testament eine Erbeinsetzung enthielt, doch alle vor der Erbeinsetzung angeordnete Verfügungen schon wegen dieses bloßen ordo scripturae ungiltig waren. Ganz entschieden galt dieser Satz bei Manumissionen und Legaten [1479]). Seine Anwendung auf die tutoris datio war bestritten. Labeo und Proculus hielten die datio für giltig, weil nur Verfügungen über das Vermögen von der Erbeinsetzung abhängig sein könnten. Die Sabinianer hingegen sahen die heredis institutio ganz, wie die alte familiae mancipatio als Grundbedingung des

---

1472) Vat. Fragm. §. 172. L. 2. C. V. 29.

1473) L. 3. 8. pr. L. 34. D. 26. 2. Vat. Fragm. §. 172. L. 2. C. V. 28.

1474) L. 53. pr. D. 50. 16.

1475) L. 53. pr. D. 50. 16.

1476) Die bloße Abstention eines suus steht aber einer Ausschlagung nicht gleich. L. 30. §. 10. D. 40. 5.

1477) L. 45. §. 1. D. 27. 1. L. 10. pr. D. 26. 2.

1478) L. 9. D. 26. 2.

1479) Ulp. Fragm. Tit. 24. §. 15. Rudorff in der Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. VI, S. 412 flg.

legare überhaupt, folglich auch das legare super tutela an, und hielten deshalb die Ernennung eines Tutors vor der Erbeinsetzung für ungiltig[1480]). Letztere Meinung hielt später auch noch Paulus für sicherer[1481]). Im Justinianeischen Rechte kommt es auf die ordo scripturae überall nicht mehr an und deshalb ist auch die Anordnung der Tutel vor der Erbeinsetzung giltig[1482]). d) Da nach älterem römischen Rechte nur dem familiae emtor, nach späterem Rechte nur dem heres der letzte Wille anvertraut werden konnte, so mußte jede Verfügung ungiltig sein, welche erst dem Erben dieser Personen auferlegt war[1483]). Ueber die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die Tutel ließe sich, meint Gajus, vielleicht ebenso streiten, wie über die Giltigkeit der datio ante heredis institutionem[1484]). Da aber der Grund der Ungiltigkeit eines Legates post mortem heredis doch nur der sein kann: „quod ab heredis herede legari non potest," die Tutel aber nicht vom Erben, sondern geradezu vom Testator selbst verliehen wird[1485]), so ließen sich über die Möglichkeit eines Streites darüber, ob eine tutoris datio „cum heres meus mortuus erit, Lucius Titius liberis meis tutor esto" giltig sei oder nicht, Zweifel erheben. 3) Das Testament muß die Notherben gehörig bedenken, also die sui und postumi instituiren oder exherediren und den Pflichttheilsberechtigten den Pflichttheil hinterlassen, weil sonst die noch so giltige Ernennung eines Tutors durch Ruption oder Querel ihre Kraft später verlieren würde. Dagegen schadet ein Verstoß gegen die Novelle 115 der Tutel nichts, weil diese nur die Erbeinsetzung für ungiltig erklärt[1486]). 4) Die Anordnung der Tutel muß ferner auch in der Redeform einer römischen lex (legis modo), d. h. in lateinischen und gebietenden Ausdrücken (directis, imperativis verbis) erfolgen[1487]). Als jedoch in der Kaiserzeit der Zusammenhang der Testamentsformen mit den Formen republikanischer leges immer mehr in den Hintergrund trat, erschien dieses Erforderniß als eine drückende Förmlichkeit und daher deren Aufhebung zeitgemäß. In Bezug auf die Sprache erfolgte solche durch eine Constitution von Theodosius II. und Valentinian III. von 439, welche auch für die tutoris datio griechische Worte den legitimis verbis völlig gleichgestellt hat[1488]). Die Nothwendigkeit des Gebrauches gebietender Ausdrücke

---

1480) Gai. II. 231. Dirksen, Beiträge u. s. w. S. 21, 72.
1481) Vat. Fragm. §. 229.
1482) §. 3. Inst. I. 14.
1483) Gai. II. 232. §. 35. Inst. II. 20.
1484) Gai. II. 234.
1485) L. 7. D. 26. 2.
1486) L. 26. §. 2. L. 27. pr. L. 31. D. 26. 2. Nov. 115. cap. 3.
1487) Gai. II. 149. 289. Vat. Fragm. §. 229. Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 13. §. 3. L. 8. 10. §. 4. L. 16. 23. 32. §. 2. D. 26. 2. L. 3. §. 9. D. 26. 10. L. 45. D. 27. 1. L. 122. D. 50. 16.
1488) Nov. Theod. II. Tit. XVI. §. 8. (ed. Haenel) im Auszuge in L. 8. C. V. 28.

ist vielleicht schon in der Verordnung Constantin's von 339 erlassen worden; allein es haben sich nur die Bruchstücke dieses Gesetzes erhalten, welche sich auf heredis institutio und Legate beziehen[1489]. 5) Das Testament darf nicht verfälscht[1490], ja es darf nicht einmal der Verdacht einer möglichen Verfälschung vorhanden sein. Daher darf der Tutor seine Ernennung nicht selbst geschrieben haben. Wenn auch das SC. Libonianum und das Edict des Claudius nicht ausdrücklich von der Tutel sprechen, sondern nur von Erbschaften, Legaten und Fideicommissen, so wurde es doch später durch die Interpretation auf jedes emolumentum ausgedehnt[1491], und ohne Zweifel ist auch die Tutel als ein solches zu betrachten, indem sie nur eine Last für den redlichen Tutor ist, von dem unredlichen aber sehr zu seinem Vortheile ausgebeutet werden kann. Die tutoris datio ist in einem solchen Falle zwar ipso iure civili giltig, aber „ex sententia SC. Liboniani pro non scripta", selbst wenn der Vater durch eigenhändige Unterschrift seine Zustimmung erklärt hätte[1492]. Ferner unterliegt der Tutor der Strafe der lex Cornelia de falsis nach dem Edict von Claudius, außer wenn der Vater die datio durch eigenhändige Unterschrift genehmigte[1493]. Endlich wird der Tutor gewöhnlich von der Verwaltung, welche er pro tutore begonnen hat, entfernt, weil er sich zugedrängt hat und daher als suspect erscheint[1494]. 6) Der Testator darf die Anordnung der Tutel nicht wieder zurückgenommen haben[1495]. Eine Ademtion ist sowohl im Testamente selbst, als in bestätigten Codicillen zulässig. Das Erforderniß, daß sie, gleich der datio, in gebietenden Ausdrücken angeordnet sein muß[1496], ist im neueren Rechte weggefallen. Auch muß der Wille des Testirers auf eine wahre Zurücknahme gerichtet gewesen sein. Denn wollte er den im Testamente ernannten Tutoren nur Gehilfen zuordnen oder anstatt der inzwischen verstorbenen oder zur Excusation befugten testamentarischen Tutoren neue ernennen, so bleibt die tutoris datio in Ansehung der übrigen bei Kräften[1497]. Die Ademtion kann unbedingt oder bedingt geschehen; im letzteren Falle hat sie die Wirkung einer Resolutivbedingung, einer datio ad conditionem[1498].

3) Wirkung der tutoris datio. Durch die Anordnung einer testamentarischen Tutel wird die gesetzliche aufgehoben und eine neue an deren Stelle gesetzt, und zwar ohne Mitwirkung des Erben[1499]. Diese

1489) L. 15. C. VI. 23. L. 21. C. VI. 37.
1490) L. 27. pr. D. 26. 2.
1491) L. 22. §. 8—11. D. 48. 18.
1492) L. 29. D. 26. 2. L. 18. §. 1. D. 48. 10.
1493) L. 15. §. 1. 2. D. 48. 10. L. 2. 6. C. IX. 23.
1494) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 6. §. 15. L. 18. §. 1. D. 48. 10.
1495) L. 10. §. 1. D. 26. 2.
1496) L. 45. §. 1. 2. D. 27. 1.
1497) L. 34. D. 26. 2. L. 2. C. V. 28.
1498) L. 45. §. 1. D. 27. 1.
1499) L. 7. D. 26. 2.

hat aber eine andere Grundlage und ist daher in folgenden Punkten abweichender Natur: 1) Da der Rechtsgrund der testamentarischen Tutel nicht ein Familienverhältniß, sondern der letzte Wille des Erblassers ist, so wird sie zwar wohl durch maxima und media, nicht aber durch minima capitis deminutio zerstört[1500]. 2) Aus demselben Grunde kann die testamentarische Tutel durch in iure cessio nicht auf einen anderen übertragen werden. 3) Ein besonderes Vorrecht des testamentarischen Tutors ist das Recht, sich von der Tutel zu abdiciren[1501]. Abdicare se tutela heißt: eine Tutel vor der Zeit freiwillig niederlegen, im Gegensatze des deponere officium finitum. Besonderer Gründe für die Abdication scheint es ebensowenig bedurft zu haben, wie bei Magistraten; auch genügte wohl jede einfache außergerichtliche Erklärung. Es scheint aber, wie auch Rudorff annimmt, das Recht der Abdication sich auf die testamentarische Weibertutel beschränkt zu haben; denn der testamentarische Pupillentutor muß, wenn er die Tutel nicht übernehmen oder die schon übernommene niederlegen will, eine iusta causa excusationis haben und diese binnen gehöriger Frist gerichtlich geltend machen. Auch läßt sich die Analogie der in iure cessio dafür anführen, welche Ulpian nicht hätte mit der abdicatio zusammenstellen können, wenn letzterer sich nicht ebenfalls auf die Geschlechtstutel beschränkt hätte; sowie auch der Umstand, daß bei der Pupillentutel, von welcher der Tutor Rechenschaft ablegen muß, eine beliebige Niederlegung unmöglich zulässig gewesen sein kann. Endlich wird daraus erklärlich, daß nur Cicero und Ulpian die abdicatio erwähnen, Justinian's Rechtsbücher aber keine Spur mehr davon enthalten. 4) Noch giebt es einige Verschiedenheiten in der auctoritas und Cautionsleistung, welche später zu erwähnen sein werden.

BB. Confirmation letztwilliger Vormundschaften[1502].

1) Begriff und Bedingungen. Confirmatio tutoris, bei den Neueren confirmatio iuris Romani, heißt die Aufrechterhaltung einer ungiltigen letztwilligen Bevormundung (einer sog. tutela testamentaria imperfecta) durch obrigkeitliche datio des ernannten Vormundes. Sie verdankt ihren Ursprung und ihre weitere Ausbildung kaiserlichen Constitutionen, namentlich von Claudius, und juristischer Theorie. Diese Confirmation bezieht sich selbstverständlich auf Fälle, wo die testamentarische Tutel in irgend einem Punkte an einer Nichtigkeit leidet; denn eine vollkommen giltige testamentarische Tutel ist bereits durch die 12 Tafeln selbst confirmirt[1503]. Was die Gründe betrifft, aus welchen

1500) Ulp. Fragm. Tit. 11. §. 17. §. 4. Inst. I. 22. L. 7. pr. D. 4. 5. L. 14. §. 2. D. 26. 1. L. 2. C. V. 30.

1501) Ulp. l. c. Cic. ad Att. VI. 1.

1502) Quellen sind: Dig. Lib. 26. Tit. 3. Cod. Lib. V. Tit. 29. de confirmando tutore (vel curatore). Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 150 flg.

1503) Ulp. Fragm. Tit. 11. §. 14. L. 20. §. 1. D. 26. 2.

Confirmation erlaubt und zulässig ist, so gehören dahin im allgemeinen theils Mängel im ius dandi, theils in der datio selbst[1504]. Die wichtigsten einzelnen Fälle sind folgende: 1) wenn der Vater seinem unmündigen Kinde einen Curator ernennt; hier ist die datio nach Civilrecht nichtig, da aber Curator und Tutor praktisch fast dasselbe sind, so confirmirt ihn der Prätor[1505]. 2) Hat der Vater einem bereits über die Pubertät hinausgeschrittenen Kinde einen Tutor bestellt, so leidet die Ernennung an einem doppelten Mangel, einmal, weil einem pubes ein Vormund bestellt ist, und zweitens, weil dieser (abgesehen von der Geschlechtstutel) ein Tutor sein soll. Doch wird auch dieser confirmirt, aber nicht als Tutor, sondern als Curator[1506]. Um so eher erhält der Vormund die Confirmation, wenn er blos Curator sein soll. Diesen Fall betrifft eine Stelle von Tryphoninus[1507]. Hiernach muß der Prätor vor allen den curator furiosi bestätigen, welchen der Vater Descendenten, gleichviel ob eingesetzten oder enterbten, im Testamente bestellt hat. Nothwendig ist eine solche Bestätigung immer, weil eine solche testamentarische datio ipso iure nicht gilt, sondern die datio nach einem Rescripte von M. Aurelius dessen ungeachtet der Obrigkeit bleibt (manet ea datio apud Praetorem). Auch die cura prodigi muß der Magistrat bestätigen. Es fragt sich aber, ob nach vorgängiger causae cognitio, wenn dadurch der Magistrat die mit dem Willen des Vaters übereinstimmende Ueberzeugung der Nothwendigkeit der Anordnung der Cura erhält oder ob ohne solche; ob der Magistrat namentlich nur dann zu confirmiren habe, wenn etwa der prodigus Kinder und der Vater aus Rücksicht für diese Enkel seinem Sohne einen Curator bestellt hatte. Im letzteren Falle hätte der Prätor wohl seine Bestätigung nicht versagen dürfen, da dem Vater kein anderes Mittel zur Sicherstellung seiner Enkel blieb, als eben die curatoris datio. Die exheredatio des Sohnes in guter Absicht, Einsetzung der Enkel und Aussetzung eines Legates der nothdürftigen Alimente für den Sohn wäre zur Sicherstellung der Enkel nicht hinreichend gewesen, weil diese die großväterliche Erbschaft ihrem Vater, sofern dieser nicht vor ihrer Geburt emancipirt war, doch erworben hätten. Ebensowenig hätte es zu dem gedachten Zwecke genügt, wenn der Großvater die nicht in seiner Gewalt befindlichen, sondern etwa nach der Emancipation ihres Vaters erst geborenen Enkel unter der Bedingung, daß ihr Vater sie emancipire, eingesetzt hätte, um den Erwerb der Erbschaft für ihren Vater dadurch zu verhindern. Denn findet nicht einmal gegen den Herrn eines fremden Sclaven auf Grund einer demselben hinterlassenen fideicommissaria libertas ein Zwang zur Freilassung statt, so ist dies noch weniger gegen den Vater rücksichtlich

1504) L. 1. §. 1. D. 26. 3. L. 13. §. 2. D. 27. 1.
1505) L. 40. D. 26. 7.
1506) L. 6. D. 26. 3.
1507) L. 16. D. 27. 10.

der Emancipation zulässig[1508]). Wollte also der Vater nicht emancipiren, so bekämen die Enkel die Erbschaft dennoch nicht in die Hände. Es muß also, da die beiden angedeuteten Mittel sich nicht genügend zur Sicherung der Enkel erweisen, die curatoris datio, im Falle der verschwenderische Sohn Kinder hat, auf alle Fälle, als das einzige Sicherungsmittel für diese, aufrecht erhalten werden, da namentlich auch die obrigkeitliche Interdictionsformel dieses Grundes gedenkt[1509]). Das römische Recht geht aber noch weiter. Der Magistrat kann nämlich, auch wenn keine Enkel vorhanden sind, die Confirmation nicht verweigern, wenn nur der Wille des Vaters auf einem verum consilium beruht. 3) Hat der Vater einem nicht in seiner Gewalt befindlichen Kinde Tutoren bestellt, so ist die tutoris datio nichtig, wird aber gleichfalls confirmirt, sofern sie nicht etwa Eingriffe in die Rechte Dritter enthält, wie es z. B. der Fall sein würde, wenn ein filiusfamilias miles seinem in der Gewalt des Großvaters befindlichen Kinde einen Tutor ernannt hätte[1510]). Zu den Kindern, über welche der Vater keine Gewalt hat, gehören: a) alle außerehelichen Kinder, z. B. liberi naturales im römischen Sinne. Der Vater verhält sich zu den Concubinenkindern wie jeder extraneus. Da nun aber der von einem extraneus bestellte Tutor nur dann confirmirt wird, wenn der Erblasser dem bevormundeten Kinde etwas letztwillig hinterlassen und die Obrigkeit nach vorgängiger Prüfung den Tutor tüchtig befunden hat, so kann auch der vom Vater bestellte Tutor nur unter diesen Voraussetzungen die Confirmation erlangen[1511]). Justinian's Gesetzgebung über diesen Punkt hat man mißverstanden, indem man geglaubt hat, daß er jene beiden älteren Bedingungen der Confirmation habe erlassen wollen. Dies ist aber unrichtig, wie der Zusammenhang des Justinianeischen Gesetzes ergiebt. Inzwischen hatten nämlich Verordnungen der christlichen Kaiser ein Maximum bestimmt, welches vom Vater seinen liberi naturales im Testamente hinterlassen werden durfte. Dieses beträgt nach dem neuesten Rechte, im Falle des Daseins ehelicher Kinder, ein Zwölftheil für Kinder und Concubine zusammengenommen. Auf mehr als dieses Maximum soll nun der Vater den Kindern auch keinen Tutor ernennen können, d. h. der ernannte Tutor soll von der Obrigkeit nur für dieses Maximum confirmirt werden und zur Verwaltung des übrigen Vermögens der Concubinenkinder weder berechtigt, noch verpflichtet sein[1512]). Selbstverständlich bedarf es der vorherigen inquisitio. b) Emancipirte Kinder. Da diese einmal in der Gewalt standen und überdies noch immer liberi des Vaters im streng juristischen Sinne sind, so ist die Confirmation hier ohne die Beschränkungen zulässig, an welche sie bei der naturales

1508) L. 114. §. 8. D. 30. L. 92. D. 35. 1.
1509) Paul. Sent. Lib. 3. Tit. 4a. §. 7.
1510) Rescript der Divi Fratres. L. 28. §. 1. D. 29. 1. L. 2. D. 26. 2.
1511) L. 7. pr. D. 26. 3.
1512) Nov. 89. cap. 14.

gebunden ist. Sie wird nämlich ohne vorhergehende inquisitio und daher auch wohl dann ertheilt, wenn die emancipirten Kinder enterbt worden sind [1513]). 4) Hat die Mutter oder Großmutter ihren Kindern oder Enkeln Vormünder im Testamente ernannt, so ist die datio zwar ungiltig [1514]), es wird aber auch hier confirmirt, es mag ein Tutor oder Curator ernannt sein. Die tutoris datio der Mutter, welche sich, da sie keine väterliche Gewalt über ihr Kind hat, zu demselben nicht viel anders verhält, als wie jede persona extranea, kann nur unter den Bedingungen, wie die eines jeden fremden, confirmirt werden, nämlich a) daß die Obrigkeit durch inquisitio sich von der Tüchtigkeit des Vormundes überhaupt [1515]) und b) daß sie im Testamente ihr Kind zum Erben einsetzt. Die Mutter bestellt den Tutor in gewisser Rücksicht mehr für das von ihr hinterlassene Vermögen (in rem), als für die Person (in personam). 5) Ernennt der Patron dem Freigelassenen oder der Agnat dem Agnaten oder ein Fremder dem Pupillen einen Vormund im Testamente, so wird auch diese Ernennung confirmirt, wenn nur der Testator den Bevormundeten zugleich zum Erben einsetzt und derselbe kein weiteres Vermögen besitzt [1516]). — Die bisher erwähnten Mängel der testamentarischen datio bezogen sich alle auf das ius dandi. Die Ungiltigkeit kann aber auch auf formellen Mängeln der datio selbst beruhen. Davon werden folgende Beispiele angeführt: 1) wenn der letzte Wille ein iniustum oder imperfectum testamentum, d. h. ein blos prätorisches Testament oder ein Codicill war, so ist die datio nichtig, sie wird aber confirmirt [1517]). Die datio in einem minderfeierlichen Civiltestamente ist aber schon ipso iure giltig [1518]). 2) Hat der Vormund seine Ernennung gegen das SC. Libonianum, aber nicht gegen des Vaters Willen selbst geschrieben und eine vorgängige Untersuchung ergiebt sonst keine Ausstellung gegen ihn, so wird er ebenfalls confirmirt, aber, wenn außer ihm noch andere testamentarische Tutoren da sind, nur als Curator [1519]). 3) Soll das Testament im Namen des Pupillen als ruptum, inofficiosum oder falsum angefochten werden, so wird der in demselben ernannte Tutor confirmirt, um bei der litis ordinatio, d. h. der sacramenti legis actio, dem Pupillen beizustehen. Dies ist wenigstens das sicherste. Denn wie auch die Entscheidung über das Testament ausfallen möge, jedenfalls ist der auctorirende Tutor iustus tutor gewesen. Bei Zulassung des testamentarischen Tutors ohne Confirmation würde der Pupill, wenn das Erkenntniß dahin ausfiele: intestatum decessisse

---

1513) L. 1. §. 1. D. 26. 3. §. 5. Inst. I. 13.
1514) L. 2. D. 26. 3. L. 69. §. 2. D. 31.
1515) L. 4. D. 26. 2. L. 2. D. 26. 3. L. 1. C. V. 29. L. 4. §. 4. D. 26. 6.
1516) L. 4. 5. D. 26. 3. L. 1. C. V. 28.
1517) L. 1. §. 1. L. 3. D. 26. 3. L. 2. C. V. 29.
1518) L. 21. §. 2. C. VI. 23.
1519) L. 29. D. 26. 3. L. 18. §. 1. D. 48. 10.

patremfamilias, unter Auctorität eines falsus tutor gehandelt haben. Dasselbe Resultat würde entstehen, wenn man den legitimus tutor zulassen wollte und für das Testament entschieden würde. Beides wäre also wenigstens unsicher. Völlig verwerflich würde die Erbittung eines obrigkeitlichen Tutors sein; denn derselbe würde, wie auch über das Testament entschieden werden möge, ungiltig bestellt sein, „quia tutorem (sc. vel testamentarium vel legitimum) habenti tutor (confirmari quidem, sed) dari non potest.“ Nur wenn der legitimus tutor selbst gegen den Pupillen eine status quaestio und hereditatis erheben würde, könnte er als praetorius tutor bestätigt werden[1520]).

2) Recht zur Confirmation und Verfahren dabei. Was 1) die zur Confirmation befugten Behörden anlangt, so ist das Nähere darüber bereits an einem anderen Orte vorgekommen[1521]). 2) Die Hauptstücke des Verfahrens bei der Confirmation sind die petitio, die inquisitio und das decretum. a) Petitio. Sowenig wie die datio erfolgt auch die confirmatio tutoris, qui scriptura continetur, von Amtswegen; es bedarf zu beiden einer postulatio oder petitio. Zu dieser ist bei Tutoren jeder berechtigt, die Mutter aber bei Verlust ihres gesetzlichen Erbrechtes verpflichtet[1522]). Dasselbe gilt von den übrigen Cognaten. Die Confirmation der Curatoren Minderjähriger kann nur auf Antrag des Minderjährigen selbst erfolgen, da ihm ja ohne sein Gesuch überhaupt kein Curator gegeben wird[1523]). b) Inquisitio. Es fragt sich, ob die Obrigkeit die nachgesuchte Confirmation unweigerlich ertheilen müsse oder ob sie berechtigt und verpflichtet sei, eine inquisitio, d. h. eine Untersuchung der Tüchtigkeit des ernannten Vormundes vorzunehmen und wenn diese zum Nachtheile des Vormundes ausfällt, die Confirmation auch zu versagen. In dieser Beziehung ist nach römischem Rechte ein Unterschied zwischen den vom Vater oder von anderen Personen im Testamente bestellten Vormündern. Bei den von dem rechtmäßigen Vater oder väterlichen Ascendenten bestellten Vormündern erfolgt die Confirmation ohne weiteres[1524]) (omnimodo, simpliciter, sine inquisitione) ohne Rücksicht darauf, ob der bevormundete Descendent zu Erben eingesetzt oder enterbt worden ist[1525]). Der Grund der Regel, daß die Obrigkeit von der Ansicht des Vaters nicht abgehen darf, liegt theils darin, daß der Vater, selbst in Bezug auf emancipirte und enterbte Kinder immer noch die Rechte (das obsequium oder die potestas)

1520) L. 26. §. 2. L. 27. 31. D. 26. 2. Vgl. Cuiac. ad lib. 4. resp. Papin. ad L. 26. §. 2. cit. (Opp. postum. ed. Fabrot. p. 182 sq.) v. Löhr im Magazin Bd. 3, S. 442.

1521) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 151 flg.

1522) L. 4. pr. D. 26. 6.

1523) §. 2. Inst. I. 23. L. 2. §. 5. D. 26. 6.

1524) L. 6. D. 26. 3. L. 16. D. 27. 10. §. 5. Inst. I. 13. Cf. L. 2. C. V. 29.

1525) L. 4. D. 26. 2.

des Vaters hat, theils darin, daß man ihm bessere Einsicht und Fürsorge zutraut als der Mutter und dem Dritten, welchen entweder der virilis animus oder die paterna affectio fehlt[1526]). Bisweilen kann jedoch auch bei den vom Vater bestellten Vormündern eine Inquisition Platz greifen, welche aber nicht sowohl die Tüchtigkeit des Vormundes, als vielmehr die Fortdauer des väterlichen Willens zum Gegenstande hat. Es bedarf derselben nämlich dann, wenn eine Willensänderung des Vaters in Bezug auf die Bevormundung gewiß oder wenigstens wahrscheinlich ist, z. B. wenn der letzte Wille schon alt ist und dessen Beweggründe sich geändert haben können. Findet dann die Obrigkeit, daß dieses der Fall ist, daß z. B. Feindschaft zwischen dem Vater und dem Vormunde entstanden, letzterer ein schlechter Mensch geworden ist, seine Vermögensumstände sich verschlechtert haben oder daß er gefährliche Geschäfte, wie Pachtungen mit dem Fiscus unternommen hat, so berücksichtigt sie mehr das Beste des Pupillen, als den Buchstaben des letzten Willens und versagt die Confirmation[1527]). Hingegen bei den von der Mutter, Großmutter, dem Patron, einem Verwandten oder von einer fremden Person (z. B. auch von dem natürlichen Vater) ernannten Vormündern, wenn daneben das Kind zum Erben eingesetzt oder sonst bedacht worden ist, wird zwar die Confirmation ebenfalls ertheilt, aber erst nach angestellter Untersuchung (ex oder cum inquisitione), so daß die Obrigkeit mit gänzlicher Beiseitesetzung des letzten Willens des Erblassers lediglich ihrer eigenen Ueberzeugung folgen darf[1528]). Nach der Meinung Mancher soll die Inquisition nur dann nöthig sein, wenn im Testamente nichts hinterlassen worden ist, außerdem werde die Confirmation ohne weiteres ertheilt[1529]). Allein ohne Erbeinsetzung des Bevormundeten wird ein von einer anderen Person außer dem Vater bestellter Tutor überhaupt gar nicht confirmirt, auch nicht cum inquisitione[1530]); ja bei einem von dem Patron oder jedem anderen Fremden außer der Mutter bestellten Vormunde mußte sogar das hinterlassene Vermögen das einzige Besitzthum des Kindes sein[1531]). Machen daher die oben angeführten Stellen eine Inquisition zur Bedingung der Confirmation, so kann sich dieses nur auf den Fall beziehen, wenn zugleich eine Erbeinsetzung oder letztwillige Ernennung erfolgt ist[1532]). Die Inquisition hat zum Gegen-

1526) L. 16. §. 3. D. 27. 10. L. 4. §. 4. D. 26. 10.

1527) L. 8. 9. 10. D. 26. 3.

1528) L. 1. §. 2. L. 4. D. 26. 3. L. 4. 28. §. 2. D. 26. 2. L. 30. §. 3. D. 27. 1. L. 1. C. V. 29.

1529) Donell. Comm. iur. civ. Lib. 3. cap. 5. §. 7.

1530) L. 4. D. 26. 3. L. 4. D. 26. 3. L. 4. C. V. 29. In der zweiten Stelle geschieht der Inquisition blos deshalb keine Erwähnung, weil die Hauptfrage war, ob überhaupt confirmirt werde.

1531) L. 4. D. 26. 3. verb. „et extra ea nihil in bonis habeat pupillus". Auch der natürliche Vater ist an dieses Erforderniß gebunden, obwohl Manche, z. B. Glück, Erl. der Pand. Bd. 29, S. 289, anderer Meinung sind; denn Justinian gestattet nur die tutoris datio auf den modus legibus praefinitus.

1532) L. 4. §. 4. D. 26. 6.

stande die Tüchtigkeit des Vormundes in Ansehung seines Vermögens, Standes, seiner persönlichen Lage, z. B. ob er Kinder hat oder nicht, vorzüglich aber seines Charakters[1533]. c) Decretum. Die Confirmation des Vormundes geschieht durch ein obrigkeitliches Decret, sowohl dann, wenn er cum inquisitione, als wenn er omnimodo confirmirt wird[1534]. Nur dann, wenn es einer Inquisition bedurfte, muß dieses Decret pro tribunali abgegeben werden[1535]. Es lautete gewöhnlich dahin: voluntatem sequendam esse[1536]. Bei der inquisitio geht ihm aber noch ein Vorbescheid über die Tauglichkeit voraus[1537].

3) Wirkung des Decretes. Vor erfolgter Confirmation ist der unvollständig ernannte Vormund Nichtvormund. Anwendungen dieses Satzes sind folgende: 1) die ihm zustehenden Excusationen verliert er nicht durch Ablauf der gesetzlichen Frist, da der Termin der Excusation, als eines Rechtsmittels gegen das Decret, erst von dem Momente der giltigen datio zu laufen beginnen kann[1538]. 2) Daß sich der Vormund der Verwaltung nicht unterzogen, gereicht ihm nicht zum Vorwurfe, weil das periculum cessationis nur wirkliche Tutoren und Curatoren trifft[1539]. 3) Unterzieht der nicht confirmirte testamentarische Vormund sich dennoch der Administration, so kann er zwar wie jeder negotiorum gestor belangt werden; die Klage ist aber weder die actio tutelae, noch die Klage aus der Cura, sondern nur die gewöhnliche actio negotiorum gestorum oder protutelae[1540]. 4) Ernennt die Obrigkeit neben dem noch nicht confirmirten testamentarischen Tutor einen neuen Dativvormund, so ist die Ernennung vollkommen giltig, weil die Regel: tutorem habenti tutor dari non potest auf diesen Fall nicht anwendbar ist, wo der Pupill noch keinen iustus tutor oder curator hat[1541]. Vom Augenblicke des Decretes an, welches die Confirmation ertheilt, wird der Vormund ein völlig rechtmäßiger Vormund (iustus, iure datus); es laufen ihm nun die Excusationsfristen, es trifft ihn von jetzt an das periculum cessationis, von nun an ist die Ernennung eines neuen Tutors neben ihm unzulässig. Noch ist Folgendes zu erörtern: 1) Die Frage, ob der Vormund durch die Confirmation Tutor oder Curator wird. Sie hängt gewöhnlich vom Inhalte des letzten Willens ab, außer wenn dieser contra ius publicum oder gegen das Recht eines Dritten ist. Deshalb kann der ernannte Tutor, wenn er entweder einem pubes oder einem Pupillen gegeben ist, welcher bereits zur Zeit der Confirmation

---

1533) L. 21. §. 5. D. 26. 5.
1534) Ueber den ersten Fall L. 5. §. 2. D. 26. 3., über den zweiten Vat. Fragm. §. 159. 264.
1535) L. 7. §. 2. D. 26. 3.
1536) L. 26. §. 2. D. 26. 2.
1537) L. 5. D. 26. 3.
1538) L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 1. 2. C. V. 29.
1539) L. 40. 58. §. 2. D. 26. 7.
1540) L. 1. C. V. 28.
1541) L. 3. C. V. 29. L. 58. §. 2. D. 26. 7.

einen iustus tutor hat, nur zum Curator bestellt werden. Daher kann ein Tutor, der seine Ernennung selbst geschrieben hat, wenn neben ihm noch andere im Testamente giltig bestellt sind, oder ein Tutor, vor dessen Confirmation die Obrigkeit schon einen anderen ernannt hatte, dem iustus tutor nur als Curator beigeordnet werden, quia tutorem habenti tutor non datur [1542]. 2) Die Frage, ob der confirmirte Vormund als ein testamentarischer oder ein obrigkeitlicher anzusehen sei. Ueber die die diesfalls vorhandenen verschiedenen Meinungen ist schon anderwärts berichtet worden [1543]. Alles kommt auf die wirkliche praktische Stellung des confirmirten Vormundes an. Er steht in mehreren charakteristischen Eigenthümlichkeiten ganz dem testamentarischen Vormunde gleich, obschon dies bei mehreren Verhältnissen nur in Rücksicht des vom Vater ernannten hervortritt. Solche Verhältnisse sind folgende: a) die testamentarische Tutel geht der gesetzlichen vor; die obrigkeitliche steht dieser nach. In dieser Rücksicht schließt sich die confirmirte ganz an die testamentarische an. Der confirmirte Vormund, selbst der von dem natürlichen Vater, also einem extraneus, ernannte, schließt sämmtliche legitimi tutores [1544], selbst die Mutter aus [1545], und es erscheint daher die confirmirte Vormundschaft als eine bloße Erweiterung des älteren Systems der letzten Willen. b) Der testamentarische Tutor, welchem der Erblasser etwas im Testamente hinterlassen hat, darf sich von der Tutel nicht excusiren, ohne zugleich das ihm Hinterlassene zu verlieren. Hingegen ein Vermächtnißnehmer, welchen nicht der Erblasser, sondern erst später die Obrigkeit zum Tutor bestellte, behält sein Vermächtniß, auch wenn er sich excusirt. Auch hier steht wieder der confirmirte Tutor mit dem testamentarischen auf gleicher Linie, weil der Grund, daß der letztwillig ernannte und mit dem Vermächtniß bedachte Vormund durch Ausschlagung des letzteren gegen das iudicium defuncti handele, auch auf den confirmirten paßt [1546]. c) In Ansehung der potioris nominatio stehen die vom Vater bestellten und confirmirten Vormünder den testamentarischen, die von Anderen ernannten aber den obrigkeitlichen gleich, indem jene keinen Besseren in Vorschlag bringen dürfen, wohl aber diese [1547]. d) Ein ähnlicher Unterschied gilt hinsichtlich der Satisdation. Confirmirte Vormünder nämlich, welche der Vater ernannt hat, sind, wie die testamentarischen, von der Caution frei. Hingegen von anderen Personen bestellte und dann confirmirte Vormünder, werden wie obrigkeitliche behandelt, indem es darauf ankommt, ob sie von höheren Magistraten ex inquisitione oder von Municipalmagistraten auf

1542) L. 3. C. V. 29.
1543) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 152 flg.
1544) L. 27. pr. D. 26. 2.
1545) L. 3. C. V. 35. Nov. 89. cap. 14. Nov. 118. cap. 5.
1546) L. 11. D. 26. 3. L. 32—34. D. 27. 1. L. 5. §. 2. D. 34. 9.
1547) Vat. Fragm. §. 159. 211. 224. 246.

der ersteren Befehl confirmirt werden. Im ersten Falle sind sie von der Caution frei, im letzteren nicht[1548]).

B. Heutiges Recht.

Da in Teutschland schon vor der eigentlichen Annahme des römischen Rechtes fast allenthalben eine letztwillige Vormundschaft anerkannt war (vgl. Abschn. I. Abth. 2. BB. Nr. 2.) und das teutsche Recht hierüber keine denen des römischen Rechtes entgegenstehenden Grundsätze entwickelt hatte, so kam natürlich das römische Recht auch in dieser Beziehung fast in seinem ganzen Umfange zur Anwendung. Nur der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen einer vollkommen giltigen Ernennung eines Vormundes und einer solchen macht, welche erst noch der obrigkeitlichen Confirmation bedarf, findet im heutigen Rechte nicht mehr statt, da jetzt überhaupt jeder Vormund bestätigt werden muß, und die teutschrechtliche Bestätigung, wie später noch auszuführen sein wird, zugleich die römische mit enthält. Aus diesem Grunde, dann aber auch deshalb, weil jetzt ein Kind bis zu seiner maior aetas als unmündig betrachtet wird, kann heutzutage einem minor auf dieselbe Weise und mit demselben Rechte ein Vormund gesetzt werden, wie einem impubes[1549]). Aus demselben Grunde kommt auch zwischen der Ernennung eines Vormundes für ein noch nicht volljähriges Kind und der für einen bereits volljährigen Wahnsinnigen und Verschwender kein Unterschied mehr vor. Auch kann darauf nichts mehr ankommen, ob der Vater oder väterliche Ascendent das Kind, welchem er einen Vormund ernennt, noch in seiner Gewalt hat oder nicht[1550]). Viele Particularrechte erklären ausdrücklich auch andere Personen, namentlich die Mutter, zur Ernennung von Vormündern für berechtigt[1551]). Es findet daher zwischen der Ernennung eines Vormundes durch den Vater und der durch einen Dritten jetzt in der That nur noch der Unterschied statt, daß der letztere, wenn die Ernennung giltig sein soll, demjenigen, welchem er einen Vormund ernannt hat, etwas zugewendet haben muß,

---

1548) L. 2. 3. 11. §. 1. D. 26. 3. L. 5. §. 2. D. 34. 9. vgl. mit L. 5. D. 26. 3.

1549) Daher unterscheiden manche Rechtsquellen hier gar nicht zwischen beiden Altersstufen, z. B. Lüb. Recht I, 7, 1. Kurs. Vorm.-O. v. 1782 Cap. 3, §. 1. Altenburg. Vorm.-O. v. 1785 §. 15. N. Beif. z. Goth. Landesordn. Th. 1, S. 51. Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 11, 44. Manche Particularrechte gehen noch weiter und gestatten, für noch mehrere Personen eine Vormundschaft in letzten Willen anzuordnen, z. B. Freiburg. Stadtr. v. 1520 III, 1, Art. 11, für taube, wahnsinnige, stumme und blinde Kinder.

1550) Daher wird in den meisten Particularrechten bei dem Rechte der Ernennung des Vormundes auch gar nicht der väterlichen Gewalt Erwähnung gethan, und andere erklären ausdrücklich, daß es nicht von dieser abhängig sei, z. B. die kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 5, §. 2.

1551) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 5, §. 9. Eisenach. Vorm.-O. v. 1686 §. 2. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 3. N. Beif. z. Goth. Landesordn. Th. 1, S. 35. Altenburg. Vorm.-O. §. 6. Rudolst. Vorm.-O. §. 11. Anhalt. Landesordn. v. 1666 Tit. 33.

während bei dem Vater dies nicht erforderlich ist[1552]). Nach einer sehr verbreiteten Ansicht soll zwar bei der Mutter in dieser Beziehung eine Ausnahme eintreten, indem sie ebensogut wie der Vater zur Bestellung eines Vormundes für die Kinder berechtigt sei. Die dafür geltend gemachten Gründe sind aber, wie Kraut ausgeführt hat, nicht haltbar. Man beruft sich darauf, daß nach teutschem Rechte die Mutter ebensogut eine Gewalt über die Kinder habe, wie der Vater, und daß ihr daher auch dieselben Rechte über diese zustehen müßten. Aus demselben Grunde soll auch nach der Behauptung Mancher der Vater in Teutschland nicht das Recht haben, der Mutter durch eine testamentarische Anordnung die Vormundschaft zu entziehen[1553]). Allein die Annahme einer mütterlichen, der väterlichen gleichstehenden Gewalt über die Kinder in Teutschland ist mit nichts zu rechtfertigen und steht mit der anerkannten väterlichen Gewalt durchaus im Widerspruche. Andere, z. B. Rudorff, stützen die Behauptung, daß der Mutter das Recht zur Bestellung eines Vormundes heutzutage gemeinrechtlich ebensowohl wie dem Vater zustehe, darauf, daß die Reichsgesetze die Eltern überhaupt als zur tutoris datio befugt nannten[1554]). Allein den Vorschriften der Reichsgesetze über das Vormundschaftswesen liegt unzweifelhaft das römische Recht zu Grunde; sie sind daher auch mit diesem so viel wie möglich in Einklang zu bringen und daraus zu erklären, zumal in dem vorliegenden Falle, wo die letztwillige Vormundschaft nur beiläufig, ohne nähere Angabe der Bedingungen derselben, erwähnt wird. Es sind daher, da der Ausdruck Eltern nicht selten gleichbedeutend mit Ascendenten gebraucht wird, in der fraglichen Stelle nur der Vater oder väterlichen männlichen Ascendenten darunter zu verstehen oder man muß, wenn man diesen Ausdruck auch mit auf die Mutter beziehen will, annehmen, daß die Reichsgesetze als selbstverständlich stillschweigend voraussetzen, daß die Mutter nur unter der Voraussetzung den Kindern einen Vormund ernennen könne, unter welcher das römische Recht ihr dies verstattet. Ebenso sind die seit der Einführung des römischen Rechtes abgefaßten Particularrechte, welche von der Ernennung eines Vormundes durch die Mutter oder Großmutter sprechen, ohne jener Bedingung ausdrücklich zu gedenken, auszulegen. Da indessen das Recht des Vaters, den Kindern einen Vormund zu ernennen, jetzt nicht mehr

---

1552) Eine wichtige Folge hiervon ist die auch in manchen Particularrechten (z. B. kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 5, §. 8) ausdrücklich anerkannte, daß die Verwaltung des vom Vater ernannten Vormundes sich regelmäßig über das gesammte auch nicht vom Vater herrührende Vermögen erstreckt, die Verwaltung des von anderen Personen bestellten Vormundes sich aber auf dasjenige Vermögen beschränkt, welches der Testirer den Unmündigen zugewendet hat. Dagegen stellt die Altenb. Vorm.-O. §. 6 hinsichtlich des Umfanges der Verwaltung den von der Mutter ernannten Vormund dem vom Vater bestellten gleich.

1553) Vertheidiger dieser Ansicht führt an Kraut, Vormundschaft §. 25, N. 45, 46, Bd. 1, S. 259 flg.

1554) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32, §. 1, 2.

als Ausfluß der väterlichen Gewalt gelten kann, sondern mehr auf dessen Fürsorge für die Wohlfahrt der Kinder nach seinem Ableben zu stützen ist, derselbe Grund aber auch bei der Mutter eintritt, so ist es nur zu billigen, daß neuere Particularrechte die Mutter hierin dem Vater gleichstellen [1555]). — Da schon nach dem römischen Rechte auch ein in einem nicht förmlichen Testamente ernannter Vormund die Vormundschaft antreten kann, sobald er nur confirmirt ist, heutzutage aber auch der in einem förmlichen Testamente ernannte Vormund bestätigt werden muß, so muß consequenter Weise behauptet werden, daß jetzt in Ansehung der Ernennung eines Vormundes nichts mehr darauf ankommt, ob sie in einem förmlichen Testamente geschehen ist oder ob der Bestellende seinen Willen auf andere Art erklärt hat, sobald nur dieser Wille selbst unzweifelhaft ist. Auch bleibt aus demselben Grunde die Bestellung eines Vormundes bei Kräften, wenn auch das Testament später aus einem anderen Grunde als in Folge einer Willensänderung des Testirers ungiltig werden sollte. Daher ist es auch gleichgiltig, ob der Bestellende zugleich über sein Vermögen verfügt hat oder in Bezug auf dieses intestatus gestorben ist. Auch mehrere teutsche Particularrechte haben diese Grundsätze ausdrücklich anerkannt [1556]).

Dritte Abtheilung. Vormundschaft aus einem Vertrage [1557]).

Schon Stryk (welcher 1710 starb) erwähnt die vertragsmäßige Vormundschaft, tutela pactitia s. conventionalis oder, wie er sie auch nennt, tutela promissa [1558]), und versteht darunter den Fall, wenn Jemand einem Anderen versprochen hat, die Vormundschaft über dessen Kinder nach dessen Tode übernehmen zu wollen; er hält eine solche Begründung der Vormundschaft auch nach römischem Rechte für möglich, die so begründete Vormundschaft aber für eine tutela imperfecta, welche daher einer speciellen (römischen) Confirmation bedürfe, indem er sie als eine Art von tutela confirmata testamentaria betrachtet. Bald nach ihm erhob sich über die tutela pactitia ein sehr lebhafter Streit; Einige wollten sie nämlich durchaus nicht anerkennen, Andere behaupteten dagegen ihre Zulässigkeit, wichen aber wieder darin von einander ab, daß Manche sie aus dem römischen Rechte ableiteten, Manche ihren Ursprung im teutschen Rechte zu finden glaubten [1559]). Ist gleich in neuerer Zeit darüber Einverständniß vorhanden, daß die tutela pactitia nicht auf das

---

1555) Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 174.

1556) Cod. Max. Bavar. I. 7. §. 5. nr. 6. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 5, §. 7. Preuß. Landr. Th. I, Tit. 12, §. 169. Lüneburg. Reform. Th. 7, Tit. 1, §. 3. (Pufendorf 4. 748.)

1557) Heineccius, de tutela pactitia seu conventionali. Lips. 1777. Kraut a. a. O. §. 28, Bd. 1, S. 265 flg.

1558) Stryk, Us. mod Pand. Lib. 26. Tit. 1. §. 14.

1559) Vertheidiger dieser verschiedenen Ansichten führt an Kraut §. 28, N. 3—5.

römische Recht zu gründen sei, so dauert der Streit doch noch insofern fort, daß auch noch jetzt Einige sie nicht anerkennen, Andere hingegen ihre gemeinrechtliche Geltung behaupten [1560]). Es fragt sich daher vor allen Dingen, ob die vertragsmäßige Vormundschaft überhaupt gemeinrechtlich anerkannt werden könne oder ob sie höchstens dem Particularrechte angehöre. Zuvor aber bedarf es der Erklärung des Ausdruckes: vertragsmäßige Vormundschaft. Spricht man von einer tutela pactitia als einer besonderen Art der Vormundschaft und coordinirt sie der tutela testamentaria, legitima und dativa, so ist darunter nicht jeder Fall zu verstehen, wo ein Vertrag von Einfluß auf die Vormundschaft ist, sondern es darf nur eine solche Vormundschaft so genannt werden, welche ebenso durch einen Vertrag begründet wird, wie in anderen Fällen die Vormundschaft entweder unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift oder auf letztwilliger Anordnung oder auf Verfügung der obervormundschaftlichen Behörde beruht. Es ist daher der schon im römischen Rechte vorkommende Fall, wenn Jemand dem Vater verspricht, die Vormundschaft über dessen unmündige Kinder nach dessen Ableben übernehmen zu wollen und dieser ihn nun im Testamente zum Tutor ernennt, nicht hierher zu rechnen, indem dies vielmehr eine gewöhnliche testamentarische Tutel ist, welche das Besondere hat, daß der Tutor wegen jenes Versprechens sich von der Uebernahme der Tutel nicht excusiren darf [1561]). Ebensowenig kann hierher der Fall gerechnet werden, wenn die obervormundschaftliche Behörde mit einem ihr nicht unterworfenen Dritten, welchem sie daher ohne weiteres die Vormundschaft nicht übertragen kann, einen Vertrag über die Uebernahme derselben abschließt, da durch diesen Vertrag die Vormundschaft die Natur einer tutela dativa nicht verliert. Endlich kann auch die in den Hausverträgen des hohen Adels angeordnete Vormundschaft nicht eine tutela pactitia im eigentlichen Sinne genannt werden, weil jene rücksichtlich ihrer verbindenden Kraft weit über gewöhnliche Verträge hinaus liegen und als Ausflüsse der Autonomie des hohen Adels angesehen werden müssen, weshalb auch richtiger diese Vormundschaft als eine Art der legitima tutela zu betrachten ist. Kraut ist mit Rudorff [1562]) darin nicht einverstanden, daß letzterer, obgleich er auch eine solche Vormundschaft als eine gesetzliche betrachtet, als Grund dafür anführt, weil in jenen autonomischen Rechtsnormen meistens nur die gesetzliche Vormundschaft der Agnaten bestätigt und gegen den Einfluß des römischen Rechtes sicher gestellt werde. Diesen Grund will Kraut als haltbar nicht anerkennen, als ob etwa, wenn in einem Testamente demjenigen, welcher gesetzlicher Vormund gewesen sein würde, die Vormundschaft übertragen wird, diese deshalb keine

---

1560) Schriftsteller der einen und anderen Ansicht führt an Kraut §. 28, N. 6, 7.

1561) L. 9. Inst. I. 25. L. 15. §. 1. D. 27. 1.

1562) Vgl. Kraut §. 28, Bd. 1, N. 10, S. 267 flg. und Rudorff Bd. 1, S. 336.

testamentaria tutela wäre. Die Frage kann nur erschöpfend im teutschen Privatfürstenrechte beantwortet werden. Hier braucht nur daran erinnert zu werden, daß bei dem hohen Adel die Succession und die Vormundschaft als mit einander zusammenhängende den Agnaten zustehende Rechte zu betrachten sind, welche denselben nicht willkürlich entzogen werden dürfen. Es gilt dies natürlich nur von der Succession in die Familiengüter und von der Vormundschaft, soweit sie diese zum Gegenstande hat. Denn über das eigene Allodialvermögen des Erblassers, welcher eine andere Vormundschaft als die der Agnaten anordnet, ist eine solche Anordnung nicht minder rechtsbeständig, als bei jedem anderen Erblasser nach gemeinem Rechte. Von der gesetzlichen Vormundschaft der Agnaten ist aber durchgehends die Ausnahme gestattet, daß eine testamentarische Anordnung, wodurch die Mutter zur Vormünderin bestellt wird, für rechtsgiltig gehalten wird. Es lassen sich dafür zahlreiche Beispiele aus der Geschichte der teutschen reichsständischen Familien aufführen. Uebrigens haben weder Rudorff noch Kraut auf die jetzt ganz verschiedene Stellung der souveränen teutschen Fürstenhäuser von der zur Zeit des Bestandes des teutschen Reiches aufmerksam gemacht. So lange das teutsche Reich bestand, stand das Vormundschaftswesen in den teutschen reichsständigen Familien unter der Oberaufsicht des Kaisers; der Kaiser übte die Rechte der obervormundschaftlichen Behörde und es konnte daher durch kaiserliche Confirmation sowohl eine sonst nicht rechtsbeständige Anordnung des Erblassers hinsichtlich der Vormundschaft Giltigkeit erhalten und zwar selbst mit Beiseitesetzung der Rechte der Agnaten, als auch, wenn in den Hausverträgen keine Anordnung über die Vormundschaft enthalten war, vom Kaiser ein Vormund ganz nach eigenem Ermessen bestellt werden. Ganz anders ist die Stellung der jetzigen teutschen souveränen Fürstenhäuser. Für diese sind lediglich die Hausverträge maßgebend. Denn dem teutschen Bunde steht eine richterliche Gewalt, wie solche dem Kaiser über die Reichsstände zustand, nicht zu. Hinsichtlich der mediatisirten ehemals reichsständischen Familien tritt jetzt der Souverän an die Stelle des Kaisers. Denn wenn auch im Art. XIV. lit. c. Nr. 2 der teutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 deren noch bestehende Familienverträge aufrecht erhalten werden, ihnen auch die Befugniß zugesichert wird, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, so kann dies doch selbstverständlich nur unter der Voraussetzung geschehen, daß dadurch wohlerworbene Rechte Dritter, z. B. der Agnaten, nicht verletzt werden. Die Bundesacte sagt zwar nur, daß solche Verfügungen dem Souveräne vorzulegen und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung zu bringen seien. Allein mit der bloßen Vorlegung ist die Sache nicht abgethan; es muß eine Cognition des Souveräns und bezüglich eine Confirmation desselben vorbehalten bleiben. Namentlich ist dies bei Anordnungen über die Vormundschaft nothwendig. Ernennt z. B. ein Standesherr für seine unmündigen

Kinder eine absolut unfähige oder untüchtige Person zum Vormunde, so kann doch diese Anordnung unmöglich giltig sein; der Souverän, bezüglich seine obersten Gerichte sind die Behörden, denen hier die Prüfung und Entscheidung zusteht, vermöge welcher sie auch eine solche Anordnung bei Seite setzen dürfen. Ebenso muß der Souverän, bezüglich seine Behörden für die Bevormundung sorgen, wenn der nach den Hausverträgen berufene Vormund untüchtig oder unfähig ist oder wenn in den Hausverträgen gar keine Bestimmung über die Vormundschaft enthalten ist. Im ersten Falle werden sie ihr obervormundschaftliches Recht nur in etwas milderer Form auszuüben haben, indem sie dem eigentlichen gesetzlichen Vormunde einen Nebenvormund zur Seite setzen und diesen mit der eigentlichen Verwaltung beauftragen, jenen aber höchstens als Ehrenvormund lassen. Im zweiten Falle haben sie rücksichtlich der Bevormundung freieres Ermessen, und es kann nur als eine Frage der Courtoisie angesehen werden, ob sie Vormünder gleichfalls aus dem hohen Adel oder aus einem niederen Stande ernennen wollen. — Dagegen ist eine vertragsmäßige Vormundschaft allerdings dann vorhanden, wenn derjenige, welcher eines Vormundes bedarf, sich denselben selbst wählt. Diesen Fall hat man aber, wenn man von einer tutela pactitia spricht, eigentlich nicht im Auge, obwohl es unbestritten ist, daß hier durch Vertrag die Vormundschaft begründet wird. Vielmehr handelt es sich bei dem Streite über die Zulässigkeit einer solchen Vormundschaft eigentlich nur um die Frage, ob diejenigen, welche nach römischem Rechte berechtigt sind, einem Unmündigen einen Tutor im Testamente zu ernennen, in Teutschland auch durch Vertrag eine Vormundschaft für ihn anordnen können. Die Eingehung eines solchen Vertrages ist möglich entweder mit demjenigen selbst, welcher Vormund werden soll oder mit einem Dritten, welcher dabei interessirt ist, wer die Vormundschaft über die Unmündigen führe, z. B. wenn in Eheverträgen bestimmt wird, wer nach dem Tode des Vaters Vormund der Kinder werden soll. Was die Frage betrifft, ob eine vertragsmäßige Vormundschaft in diesem Sinne als eine gemeingiltige Einrichtung angesehen werden könne, so ist soviel gewiß, daß sie im römischen Rechte nicht blos nicht vorkommt, sondern nach demselben überhaupt nicht zulässig ist. Denn die Tutel gehört dem ius publicum an, welches nicht durch Privatverträge, sondern nur auf die ausdrücklich durch das Gesetz bestimmte Weise abgeändert werden kann; durch das Gesetz war aber bei der Tutel nur die Abänderung durch Testament verstattet. Dagegen ist es zweifelhafter, ob die vertragsmäßige Vormundschaft nicht, wie Viele thun, aus dem älteren teutschen Rechte abgeleitet werden könne. So lange das teutsche Recht überhaupt nicht gestattete, dem rechten Vormunde die Vormundschaft zu entziehen, so lange war dies auch nicht durch einen Vertrag möglich. Da man dieses Princip später aufgab, so entsteht die Frage, ob von nun an eine vertragsmäßige Vormundschaft zulässig war, ja ob, der Annahme Mancher zufolge, nicht überhaupt jede Ab-

änderung der rechten Vormundschaft durch einen Vertrag geschehen mußte. Die letzte Frage ist mit Kraut unbedingt zu verneinen. Denn die Ausdrücke, mit welchen die älteren Rechtsquellen die Bestellung des Vormundes zu bezeichnen pflegen, z. B. den Kindern einen Vormund geben, bescheiden, setzen oder kiesen oder auch sie und ihr Gut Jemanden befehlen, liberos suos alicui committere[1563]), enthalten keine Andeutung davon, daß die Bestellung eines Vormundes nicht auch ohne dessen Zuziehung und Einwilligung hätte geschehen können. Nur die sächsische Form macht die Zuziehung und Einwilligung des Vormundes bei seiner Bestellung immer nothwendig, weil dieselbe erfordert, daß der Vormund vom Gerichte bestätigt werden muß. Anlangend dagegen die erste Frage, so kann die vertragsmäßige Vormundschaft nach teutschem Rechte nicht schon darauf gestützt werden, daß man in Teutschland von jeher alle Verträge heilig gehalten und als bindend betrachtet habe, da dieser Satz doch jedenfalls nur in Bezug auf die Paciscenten gelten könnte, während hier durch den Vertrag Rechte Dritter, nämlich der rechten Vormünder, aufgehoben werden sollen. Dennoch ist mit Kraut die Zulässigkeit der vertragsmäßigen Vormundschaft nach älterem teutschen Rechte zu behaupten. Denn außer dem sächsischen und Lübischen Rechte fordert dasselbe überhaupt keine bestimmte Form zur Bestellung des Vormundes, am wenigsten die des Testamentes, weil es dafür damals überhaupt noch keine eigenthümliche, von der bei anderen Rechtsgeschäften gebräuchlichen abweichende Form gab. Das Wichtigste war vielmehr immer, daß über den Willen des Bestellenden Gewißheit vorhanden war, und dann war es ohne Zweifel unerheblich, ob er in der Form einer letztwilligen Verfügung oder eines Vertrages kund gegeben war. Ueberdies setzt die Form, welche das sächsische Recht verlangt, einen Vertrag voraus und auch das Testament des Lübischen Rechtes kann ein Vertrag sein. Auch geschah gewiß sehr häufig die Ernennung des Vormundes mit dessen Zuziehung und Zustimmung, um für die wirkliche Uebernahme der Vormundschaft von seiner Seite Sicherheit zu haben. Dagegen findet sich keine Spur davon, daß durch einen solchen Vertrag der Vormund ein Recht auf die Vormundschaft gegen den Bestellenden selbst erhalten hätte, so daß letzterer später nicht einseitig wieder hätte zurücktreten können. Es kann aber wohl die Zulässigkeit einer solchen Verabredung nicht bezweifelt werden, da nach teutschem Rechte Jemand sich schon bei Lebzeiten auf diese Weise die Hände binden kann. Das Wesentliche bei der Bestellung des Vormundes war aber stets, daß der rechte Vormund dadurch genöthigt werden sollte, dem gekorenen zu weichen, und zu diesem Behufe war es ganz gleichgiltig, ob der Bestellende sich selbst dem Vormunde verbindlich machte oder nicht. — Die Erhaltung dieser Grundsätze des älteren teutschen Rechtes bis auf den heutigen Tag läßt sich nicht behaupten; vielmehr waren sie eine Zeit lang durch das römische

---

1563) Siehe die bei Kraut Bd. 1, S. 202 flg. abgedruckten Stellen.

Recht völlig verdrängt. Wenigstens sprechen fast alle, seit der Reception des römischen Rechtes bis zum 18. Jahrhundert niedergeschriebenen Rechtsquellen nur von einer letztwilligen Vormundschaft im Sinne des römischen Rechtes[1564]), und dasselbe gilt von den Schriftstellern dieser Zeit. Wenn nun aber die vertragsmäßige Vormundschaft sich weder auf das römische, noch auch, wenigstens nicht unmittelbar, auf das ältere teutsche Recht stützen läßt, und auch kein allgemeines Gesetz, welches sie anerkannt oder eingeführt hätte, vorhanden ist, so darf man deshalb doch noch nicht ihre Gemeingiltigkeit leugnen. Sie kann sich nämlich auf ein neueres Gewohnheitsrecht gründen, und ein solches ist, wie Kraut ausgeführt hat, erweislich. Zuvörderst ist nämlich die Zahl der Schriftsteller, welche seit Stryk die Giltigkeit einer vertragsmäßigen Vormundschaft behaupten, so überwiegend, daß die Gegner dieser Ansicht in der That nur eine Ausnahme bilden[1565]). Ferner ist diese Ansicht in der Praxis schon längst die vorherrschende geworden. Endlich hat sie in die meisten neueren Particulargesetze Eingang gefunden[1566]). Alle die in der Note angeführten Gesetze lassen die vertragsmäßige Vormundschaft nicht deshalb zu, weil sie dieselbe blos als ein für den Bezirk, für welchen sie gegeben sind, giltiges Institut betrachten, sondern sie gehen von der Voraussetzung aus, daß sie in ganz Teutschland gelte, und beabsichtigen nur, sie für jenen ausdrücklich anzuerkennen. Die Annahme einer von den meisten Schriftstellern vertheidigten Ansicht in der Praxis und deren unter der angegebenen Voraussetzung erfolgte

---

1564) Davon möchte aber die anhalt. Landesordn. v. 1666 Tit. 33 auszunehmen sein. Zwar spricht dieselbe im Eingange dieses Titels nur von letztwillig ernannten Vormündern. Später aber, wo sie von der Witwe spricht, fährt sie fort: „So lassen wir hiermit zu, daß sie alsdann (sofern ihr verstorbener Ehemann durch Testament oder andern letzten Willen nicht ein anders geordnet, oder sonsten dem zuwider kräftige Verträge, Ehestiftungen oder andere erhebliche Ursachen vorhanden wären), so lange sie ihren Witwenstand nicht verändert und ihren Kindern, oder derselben Haab und Gütern, nicht schädlich oder verthunlich vermerket würde, darbey gelassen werden, und vor andern ihrer Kinder Vormund sein möge." Es ist also hier der Möglichkeit gedacht, daß in Verträgen und Ehestiftungen etwas anderes, als hier gesetzlich geordnet ist, bestimmt sei, also namentlich auch darüber, ob die Witwe Vormünderin der Kinder sein solle oder nicht; es ist hiermit auch anerkannt, daß durch Vertrag und Ehestiftung ein anderer Vormund als die Witwe bestellt sein kann und dies für giltig erklärt.

1565) Siehe die Citate bei Kraut Bd. 1, S. 220, N. 5, S. 271, N. 13. Auch die neueren Germanisten sprechen sich meistens dafür aus. Vgl. außer den von Kraut angeführten Eichhorn und Mittermaier noch Phillips teutsches Privatr. §. 156. Gerber, teutsche Privatr. §. 244. Renaud, teutsches Privatr. §. 221. Dagegen erklärt sich Beseler, teutsches Privatr. §. 146 gegen die Gemeingiltigkeit der tutela pactitia. Walter, teutsches Privatrecht §. 102 nennt nur die römischen Delationsgründe.

1566) Siehe Cod. Max. Bavar. Th. 1, Cap. 5, §. 5, Nr. 7. Königl. sächs. Vorm.-O. v. 1782 Cap. 4, §. 1. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 176. Altenb. Vorm.-O. v. 1785 §. 6. Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 11. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 11. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 15.

Anerkennung in den Particulargesetzen reicht aber hin, um zu behaupten, sie sei zu einem gemeinen Gewohnheitsrechte geworden. Wenn man auch dagegen einwenden könnte, daß jene Ansicht auf einem Irrthume beruhe, und daß, nachdem man diesen eingesehen habe, auch das Gewohnheitsrecht, welches durch sie hervorgerufen sei, nicht mehr anerkannt werden könne, so steht diesem entgegen, daß, wenn irgend ein Grundsatz einmal zu einem Gewohnheitsrechte geworden ist, dieses durch die bloße spätere Ueberzeugung, es beruhe auf falschen Voraussetzungen, noch nicht seine Giltigkeit verlieren kann; sonst würden eine Menge, jetzt allgemein anerkannte Rechtsinstitute, z. B. die Erbverträge, aus unserem geltenden Rechte ganz wegfallen müssen. Aber auch die Consequenz unseres jetzigen Rechtssystems verlangt die Anerkennung der vertragsmäßigen Vormundschaft. Sind zwar auch die allgemeinen jetzt über die Vormundschaft geltenden Grundsätze die des römischen Rechtes, so hängt doch die dort blos in einem Testamente nachgelassene Anordnung eines Vormundes damit zusammen, daß nach demselben auch ein Erbe nur in einem Testamente ernannt werden kann und die Vormundschaft mit der Erbfolge in der engsten Verbindung steht. In Teutschland giebt es aber noch eine andere Art, wie Jemand einen Erben ernennen kann, nämlich den Erbvertrag; daher muß consequenter Weise behauptet werden, daß bei uns ein Vormund ebensogut in einem Erbvertrage, als in einem Testamente müsse bestellt werden können. Hieraus könnte man nun aber folgern wollen, daß zwar die Ernennung eines Vormundes in einem Erbvertrage giltig sei, nicht aber die Anordnung der Vormundschaft durch einen Vertrag, der nicht zugleich über die Erbfolge disponire. Diese Folgerung ist aber aus folgenden Gründen nicht haltbar. Nach römischem Rechte ist zwar die Ernennung eines Vormundes nicht zulässig, wenn nicht der Ernennende zugleich über seinen Nachlaß verfügt[1567]), dies hängt aber damit zusammen, daß jedes Testament eine Erbeinsetzung enthalten mußte, und daß der Intestaterbe nicht als stillschweigend dadurch zur Erbfolge berufen betrachtet werden konnte, daß hinsichtlich derselben keine Anordnung getroffen war. Letzterer Grundsatz ist aber bekanntlich bei den Erbverträgen nicht anwendbar, was namentlich nicht nur die Zulässigkeit der renunciativen Erbverträge, sondern auch die feststehende Unanwendbarkeit der römischen Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest auf den Fall ergiebt, wenn Jemand nur über einen Theil seines Nachlasses einen Erbvertrag errichtet hat, indem rücksichtlich des anderen die Intestaterbfolge Platz greift. Daher muß consequenter Weise die Zulässigkeit der Anordnung der Vormundschaft in einem Vertrage, in welchem nicht zugleich über den Nachlaß verfügt wird, behauptet werden. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird ferner dadurch bestätigt, daß schon nach dem römischen Rechte, wenn der Tutor in einem durch kein Testament

---

1567) L. 53. D. 50. 16.

bestätigtem Codicill ernannt und also die Intestaterbfolge nicht aufgehoben war, er nach erfolgter Confirmation die Tutel antreten konnte[1568]) und daß in Teutschland, da jeder Vormund überhaupt bestätigt werden muß und die römische Confirmation durch die teutsche ersetzt wird, der in einem solchen Codicill bestellte Vormund dem in einem förmlichen Testamente ernannten völlig gleichsteht. Denn hieraus folgt in Bezug auf die vertragsmäßige Vormundschaft die vollkommene Gleichheit zwischen dem in einem Erbvertrage und dem in einem Vertrage, welcher nicht zugleich über die Erbfolge verfügt, bestellten Vormunde. Indeß folgt doch anscheinend wenigstens immer noch so viel aus dem Obigen, daß, die nach Particularrecht zu einem Erbvertrage erforderliche Form auch bei einem solchen Vertrage beobachtet werden müsse. Nimmt man aber an, daß jetzt bei einer einseitigen letztwilligen Verordnung über die Vormundschaft nichts mehr auf die Form derselben ankomme, so muß man dies auch auf einen Vertrag über die Vormundschaft anwenden. — Anlangend das Verhältniß der vertragsmäßigen Vormundschaft zu den übrigen Arten derselben, so ist man allgemein darüber einverstanden, daß sie der gesetzlichen und obrigkeitlichen Vormundschaft immer vorgehen müsse, weil sie diesen gegenüber gleichen Rang mit der testamentarischen hat. Bestritten ist dagegen ihr Verhältniß zur testamentarischen Vormundschaft. Selbstverständlich geht, wenn der Vertrag später ist, als das Testament, die vertragsmäßige Vormundschaft der testamentarischen vor, weil das Testament dann nicht letzter Wille geblieben ist. Ob dagegen die vertragsmäßige Vormundschaft auch dann der testamentarischen vorgehe, wenn das Testament erst nach dem Vertrage errichtet ist, hängt mit der Beantwortung der Frage zusammen, ob derjenige, welcher den Vormund im Vertrage bestellt hat, dadurch dergestalt gebunden werde, daß er später nicht einseitig zurücktreten könne. Diese Frage ist jetzt zu beantworten. Sie wird von Vielen verneint[1569]). Dabei geht man aber, wie Kraut mit Recht bemerkt, von einer unrichtigen Ansicht über die vertragsmäßige Vormundschaft, nämlich von der Annahme aus, daß die Bedeutung des Vertrages immer die sei, daß dem Vormunde die Vormundschaft dadurch versprochen werden solle, da es doch ebensowohl denkbar ist und auch wohl eben so häufig vorkommt, daß der Zweck des Vertrages blos Sicherung gegen die Ablehnung der Vormundschaft von Seiten des Vormundes ist, ohne daß derjenige, welcher sich von dem Vormunde dieses Versprechen geben läßt, dabei an eine Uebernahme einer Verpflichtung von seiner Seite denkt. Kraut will, wenn er bei Abschluß des Vertrages wirklich diese Absicht gehabt haben sollte, nach Analogie der über Erbverträge geltenden Grundsätze auch für das heutige Recht annehmen, daß für ihn eine negative Verbindlichkeit daraus insofern entstehe, daß er nicht einseitig von dem

---

1568) L. 1. §. 1. D. 26. 3. L. 2. C. V. 29.
1569) S. die Citate bei Kraut Bd. 1, S. 277, N. 17.

Vertrage wieder zurücktreten könne. Da aber die Absicht, sich verbindlich zu machen, nie vermuthet werden könne, so will Kraut im Zweifel angenommen wissen, daß dem Bestellenden der Widerruf gestattet sei. Wir können damit nicht überall einverstanden sein. Die Analogie der Erbverträge paßt nicht; denn die Erbfolge ist regelmäßig mehr ein Vortheil, während die Vormundschaft eine Last ist. Sollte aber auch die Absicht des Bestellers, sich durch den Vertrag dem künftigen Vormunde zu verpflichten, daß er keinem Anderen die Vormundschaft übertrage, anzunehmen sein, so kann doch deshalb ein einseitiger Rücktritt des Bestellers nicht für unzulässig erachtet werden. Die Uebertragung der Vormundschaft an eine bestimmte Person ist eine Sache des Vertrauens zu der Persönlichkeit des künftigen Vormundes; es können sich aber die zur Zeit der Anordnung der Vormundschaft durch einen Vertrag bestehenden Umstände und Verhältnisse ändern; der ernannte Vormund kann durch Veränderung seines Lebenswandels, Abnahme seines Vermögens, Wechsel des Wohnortes und dergleichen dem Besteller weniger tüchtig oder auch ganz untauglich zur Vormundschaft erscheinen, und es kann solchenfalls dem Besteller nicht verwehrt sein, einseitig vom Vertrage zurückzutreten, und man würde, wollte man Angabe besonderer Gründe dieses Rücktrittes verlangen, zu weit gehen, weil es sich hier eben um eine Sache des Vertrauens handelt. Es ist auch umsoweniger bedenklich, hier den einseitigen Rücktritt zu verstatten, als, wenn etwa der durch einen Vertrag ernannte Vormund zu seiner Ehrenrettung darauf bestehen sollte, daß ihm die obervormundschaftliche Behörde die Vormundschaft übertrage und ihn als Vormund bestätige, diese Behörde es in ihrer Hand hat, ihn, wenn sie sich von seiner Tüchtigkeit überzeugt, als Vormund zu bestätigen, selbst wenn er mit einem später ernannten testamentarischen Vormunde collidiren sollte, wobei es dann gleichgiltig ist, ob man ihn als vertragsmäßigen oder als obrigkeitlich bestellten Vormund betrachtet. — Ist der Vertrag nicht mit dem künftigen Vormunde selbst, sondern mit einem Dritten, welcher bei der Vormundschaft interessirt ist, eingegangen, z. B. haben die Eltern im Ehevertrage verabredet, wer künftig die Vormundschaft über ihre Kinder führen soll, so kann freilich der Vertrag nur den Zweck haben, diesen Dritten dadurch sicher zu stellen, daß nur derjenige, über welchen man sich vereinigt hat, wirklich Vormund werde[1570]. — Eigenthümlich ist manchen Particularrechten der Unterschied, welchen sie machen, ob der Vertrag, auf welchem die Vormundschaft beruht, ein Ehevertrag der Eltern oder ein anderer Vertrag ist, indem sie nur im letzteren nicht auch im ersteren Falle die Bestätigung des Vertrages durch den zuständigen Richter der Paciscenten verlangen[1571].

1570) Die kgl. sächs. Vorm.-O. v. 1782 Cap. 4, §. 2 erkennt dies ausdrücklich als Regel an, läßt aber dem Vater aus erheblichen Ursachen nach, von den Eheverträgen abzugehen und einen Anderen zum Vormunde zu ernennen.

1571) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 4, §. 1, 3. Altenb. Vorm.-O. §. 6.

Vierte Abtheilung. Vormundschaft aus richterlicher Anordnung (tutela oder cura dativa) [1572].

A. Römisches Recht.

AA. Recht zur Bestellung der Tutoren und Curatoren. 1) In den Hauptstädten. Die vierte und letzte der Delationen der Vormundschaft ist die obrigkeitliche. Sie heißt im späteren römischen Rechte, nach dem Verschwinden des Gegensatzes der testamentarischen tutela dativa und optiva, tutela oder cura dativa, und die Vormünder selbst tutores s. curatores dati ab his, qui ius dandi habent, honorarii, später dativi [1573]. Was die zur Bestellung befugten Behörden betrifft, so ist die germanische Idee eines der Obrigkeit ipso iure zustehenden mundium über alle Wehrlose (vgl. Allgem. Theil Abschn. 6) den Römern unbekannt. Daher sind die römischen Obrigkeiten niemals schon kraft des imperium oder der iurisdictio zur tutoris datio befugt, sondern dieselbe muß ihnen durch eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift (lex, SCtum, constitutio Principis) beigelegt werden [1574]. Es sind nun die auf solche Weise zur tutoris datio berechtigten Behörden in den drei Haupttheilen des römischen Reiches darzustellen. In Rom selbst gelten darüber folgende, später theilweise auf Constantinopel übertragene Grundsätze. 1) Die lex Atilia ermächtigte den Praetor urbanus und die Volkstribunen, sowohl für Frauen als für Pupillen in der Stadt Rom dann Tutoren zu bestellen, wenn diese Personen gar keine Vormünder haben (si cui nullus omnino tutor sit) [1575]. Die lex Atilia kann nicht vor dem Jahre der Stadt 387, wo die städtische Prätur errichtet wurde, und nicht nach dem J. 566, der Zeit der Entdeckung der Bacchanalien gegeben sein [1576]. Damit fällt denn auf der einen Seite die Möglichkeit, dieses Gesetz in das Jahr 309 oder 343, wo ein Atilius Longinus und L. Atilius als Volkstribun vorkommt, als auch auf der anderen Seite der Versuch, sie gegen das Ende der Republik zu versetzen [1577].

1572) Inst. Lib. I. Tit. 20. de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. Lib. 26. Tit. 5. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent: et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. Th. Cod. Lib. 3. Tit. 17. de tutoribus et curationibus creandis. Cod. Lib. 5. Tit. 34. qui dare tutores vel curatores possunt et qui dare non possunt.

1573) S. die Citate bei Rudorff §. 46, Not. 1—4, Bd. 1, S. 339.

1574) L. 6. §. 2. D. 26. 1.

1575) Gai. I. 185. Ulp. XI. 18. Theoph. ad pr. Inst. I. 20.

1576) Ueber die Gründe siehe Rudorff §. 46, Bd. 1, S. 430 flg. Ein solcher atilianischer Tutor war nämlich der, welchen die Fescenia, Hispala, da sie nach dem Tode ihres Patrons keiner manus unterworfen war, sich von den Tribunen und dem Prätor erbat, um unter seiner Auctorität ein Testament zu Gunsten des Aebutius machen zu können. Liv. 39. 9. Gegen die Einwände von Hugo, Rechtsgesch. S. 318 und v. Brockdorff's Instit. des Gajus Bd. 1, S. 668 vgl. Rudorff a. a. O.

1577) Gans, Scholien zum Gajus S. 206. S. dagegen Heidelb. Jahrb. v. 1821 S. 477 flg.

Wahrscheinlich fällt das Gesetz in das Jahr 443, wo L. Atilius Regulus Volkstribun war[1578]). Die nach diesem Gesetze zur tutoris datio berechtigte Behörde ist nicht der Praetor urbanus allein, sondern dieser und die major pars tribunorum plebis. Der Grund der Zuziehung des Tribunencollegiums beruht wohl auf dem Bedürfnisse einer Repräsentation des Plebs neben einer noch oft patricischen Magistratur, zumal in einer fast ganz allein auf dem Gutdünken der Obrigkeit beruhenden Angelegenheit. Die maior pars tribunorum plebis ist nicht so zu verstehen, als ob die Zuziehung von sechs oder sieben Tribunen zu den Verhandlungen genügt hätte; sondern der Prätor mußte das ganze Collegium zuziehen und mit diesem die Tüchtigkeit des Tutors untersuchen; entschieden sich nun sechs oder mehr aus dem Collegium für die petitio, so erfolgte die Bestellung. Es war also in diesem Falle das Intercessionsrecht der Einzelnen gegen die Beschlüsse der Mehrheit des Collegiums von Anfang an ausgeschlossen, damit jede Uneinigkeit in demselben vermieden würde[1579]) 2) Alle übrigen Vormünder außer den in der lex Atilia genannten bestellte in älterer Zeit in Rom der Praetor urbanus allein, ohne Zuziehung der Tribunen. Hierher gehören zunächst die ordentlichen Specialtutoren und die außerordentlichen Tutoren, namentlich der deshalb vorzugsweise sogenannte tutor praetorius oder praetorianus, dessen Ernennung dem Prätor moribus zusteht[1580]), der specielle Geschlechtstutor aus der lex Iulia de maritandis ordinibus[1581]), endlich die außerordentlichen Tutoren ex SCtis für die Fälle der Verhinderung des ordentlichen Tutors[1582]). — Ueber die curatoris datio in der Stadt Rom sind die Nachrichten weniger vollständig und zusammenhängend als über die tutoris datio; denn wenn Justinian versichert, die Curatoren würden von denselben Behörden bestellt, wie die Tutoren, so bezieht sich dies nur auf seine Zeit[1583]). Dennoch scheint für die ältere Zeit die einseitige Bestellung von Seiten des Prätors ohne die Tribunen unzweifelhaft; denn die lex Atilia sprach nur von Tutoren; viele Fälle der curatoris datio standen in genauem Zusammenhange mit der prätorischen iurisdictio und imperium, z. B. die cura prodigi, ventris, ex Carboniano edicto und bonis distrahendis, und überhaupt deutet der Ausdruck: honorarii curatores, quos ipse Praetor voluerit, auf den Prätor allein hin[1584]). Ob die Curatoren ordentliche oder außerordentliche sind, macht dabei keinen Unterschied[1585]). 3) Eine Verordnung von

---

1578) Liv. IX. 30.

1579) Dion. Hal. X. p. 658. Anwendungen enthalten die Decrete bei Gell. Noct. Att. VII. 19.

1580) Gai. I. 184. Ulp. XI. 25.

1581) Ulp. XI. 20. Gai. I. 178. L. 60. 61. D. 23. 3.

1582) Gai. I. 173—182. Ulp. XI. 22. 23. L. 11. §. 3. D. 26. 2. L. 17. D. 26. 1. L. 9. pr. §. 1. D. 27. 3.

1583) §. 1. Inst. I. 23.

1584) Ulp. XII. 1. 3. 4.

1585) L. 13. D. 27. 10.

Claudius bewirkte eine wichtige Veränderung in den Behörden und in dem Verfahren bei der tutoris datio, indem nach ihr die Consuln sowohl Tutoren für Pupillen beider Geschlechter, als auch Curatoren bestellen sollten[1586]). Die Bestellung soll erst nach vorläufiger Untersuchung über die Tüchtigkeit des Vormundes erfolgen. Es kann nicht genau ermittelt werden, wie weit sich diese consularische datio erstreckte. Nach dem Berichte Sueton's hat Claudius verordnet, daß die Tutoren von den Consuln extra ordinem gegeben werden sollten[1587]). Rudorff vermuthet, daß die Consuln die Vormundschaftsbehörde für die vornehmen Familien gebildet haben, ganz in derselben Weise, wie solche später für die illustres und clarissimi der Präfect der Stadt mit 10 Senatoren bildete. Fortgedauert hat das Ernennungsrecht bis auf das Consulat von Pertinax und Aelianus unter Marcus Aurelius, von welchem letzteres in das Jahr 163 n. Chr. gehört[1588]). Aufgehoben ist es durch die von demselben Kaiser erfolgte Einsetzung des Praetor tutelaris. 4) Marcus Aurelius ernannte zum Behufe der tutoris und curatoris datio einen besonderen Prätor[1589]), der gewöhnlich Praetor tutelaris, pupillaris, Praetor, qui tutelaribus cognitionibus oder qui impertiendis tutoribus praesidet, heißt. Die Ernennung dieses Prätors ist noch bei Lebzeiten des L. Verus erfolgt[1590]). Als Zweck der Einsetzung wird von Capitolin angegeben: „ut diligentius de tutoribus tractaretur," und dazu stimmt die in den Institutionen enthaltene Nachricht, daß auch dieser Prätor ex inquisitione die Tutoren ernennen sollte, so daß in Folge dieser Constitution nur die lex Atilia ganz aufgehoben wurde[1591]). Genauere Nachrichten über den Sprengel und die Geschäfte des Prätors liefern die in den Vaticanischen Palimpsesten enthaltenen, neu aufgefundenen Fragmente aus des Ulpian und Paulus Schriften: de officio praetoris tutelaris, de excusationibus und de iurisdictione tutelari. Sein Gerichtssprengel beschränkt sich nämlich nicht blos auf Rom, d. h. die Stadt mit ihren Vorstädten (continentia aedificia), sondern auch noch den Theil Italiens, welcher den seit Hadrian und Marcus ernannten 4 Consulares oder Iuridici untergeben war[1592]). Ueber die Befugnisse und Amtspflichten des Prätors ergeben die Vaticanischen Fragmente Folgendes. Er kann nicht nur Tutoren, sondern auch Curatoren, wenigstens für Pupillen und Minderjährige, bestellen[1593]), und es liegt ihm dabei die ganze iuris-

---

1586) §. 3. Inst. I. 20. Theoph. ad h. l. Plin. Ep. IX. 23.
1587) Sueton. Claud. cap. 23.
1588) Vat. Fragm. §. 203.
1589) Capitolin. in Marco cap. 10.
1590) Vat. Fragm. §. 244.
1591) §. 3. Inst. I. 20.
1592) L. 2. 139. 147. D. 50. 16. L. 4. §. 4. D. 33. 9. L. 45. §. 3. D. 27. 1. Vat. Fragm. §. 232.
1593) Vat. Fragm. §. 147. Capitol. l. c. cap. 10. Gai. I. 197.

dictio tutelaris, d. h. die Untersuchung der Fähigkeit, der Excusationen und potioris nominatio des erbetenen Tutors ob. Auch hat er die Aufsicht über die tutoris datio der in seinem Sprengel liegenden Stadtgerichte [1594]). Später erhielt er noch die suspecti postulatio dazu [1595]). Er bestand in Rom während der ganzen Kaiserzeit fort, trat aber später mit dem Präfecten der Stadt in Verbindung. Constantin übertrug diese Einrichtung auf Constantinopel, indem er aus den römischen Prätoren einen zum Titularprätor von Byzanz oder Constantinianus praetor ernannte [1596]) und ihm die in integrum restitutio, die Cognition über Veräußerung der Grundstücke Minderjähriger und die tutoris und curatoris datio übertrug [1597]). Auch unter Justinian ist der Prätor noch im Besitze der tutoris und curatoris datio [1598]); er war aber kein besonderer Tutelarprätor mehr, da es unter Justinian nur noch Einen Prätor zu Constantinopel gab. 5) In der späteren Kaiserzeit finden sich auch die Praefecti urbi zu Rom und Constantinopel als Vormundschaftsbehörde. Zuerst kommen sie in einer Stelle von Tryphoninus vor, woraus hervorgeht, daß zur Zeit von Sept. Severus und Caracalla der Stadtpräfect allein, ohne den Prätor, Tutoren bestellen konnte [1599]). Seine Competenz ist nicht genau zu ermitteln; entweder beschränkte sie sich nur auf die Stadt und die urbicariae regiones, während der Prätor die übrigen Theile der regio behielt, oder auf vornehmere Personen, so daß er etwa in die Stelle der Consuln eingetreten wäre. Eine andere Stellung erhielt der Stadtpräfect durch eine Constitution von Valentinian III., Theodosius I. und Arcadius von 389, nach welcher er mit Zuziehung eines Consiliums (coetus), bestehend aus 10 Senatoren und dem Tutelarprätor, für die Bestellung tüchtiger Tutoren und Curatoren jedes Standes zu sorgen verpflichtet sein soll. Sind deren mehrere nöthig, so soll jener Coetus unter ihnen auch den mit der Administration zu Beauftragenden aussuchen und dieser durch den alleinigen Ausspruch des Präfecten allen Anderen vorgezogen werden. Es wird aber vorausgesetzt, daß keine oder keine tüchtigen testamentarischen oder gesetzlichen Tutoren vorhanden sind. Die consiliarii sind für ihren Rath nicht verantwortlich [1600]). Eine Verordnung derselben Kaiser von 390 bestätigt diese Behörde in allgemeinen Ausdrücken [1601]). In Justinian's Compilation sind die Bestimmungen über die tutoris datio des Stadtpräfecten, so weit es möglich war, auf die Präfectur zu Constantinopel übertragen worden. Zunächst geschah dieses durch Aufnahme der Valentinianischen Constitution in den Co-

1594) Vat. Fragm. §. 163.
1595) L. 2. Th. C. III. 32. L. 17. C. VII. 62.
1596) Lyd. de magistrat. II. 30.
1597) L. 1. C. I. 39. L. 2. Th. C. III. 32.
1598) L. 30. fin. C. I. 4.
1599) L. 45. §. 3. D. 27. 1.
1600) L. 3. Th. C. III. 17.
1601) L. 4. §. 4. Th. C. III. 17. i. e. L. 2. C. V. 35.

der[1602]), jedoch mit einigen wichtigen Veränderungen. Die erste derselben besteht in der Beschränkung der Competenz des Präfecten auf pupilli und adulti illustris und clarissimi, so daß für die übrigen der Prätor allein zu sorgen hat[1603]). Die zweite betrifft die Auswahl des administrans, welchen nicht mehr der Ausspruch des Präfecten allein, sondern später auch ein feierliches Decret des Prätors bestimmen soll[1604]). Dieselbe Behörde erklärt Justinian auch bei der cura furiosi für competent, indem er bestimmt, daß, wenn die persona furiosi eine nobilis, d. h. senatorischen Ranges ist, der Präfect in Constantinopel den Senat zuziehen, sonst aber allein den Curator ex inquisitione ernennen soll[1605]). Für alle personae illustres war dadurch die Sache gleichförmig geordnet; bei non illustres hingegen ist noch zwischen Minderjährigen und Wahnsinnigen ein Unterschied, indem erstere vom Prätor, letztere vom Präfecten bevormundet werden[1606]).

2) In Italien. In früherer Zeit stand in Italien mit Einschluß des cisalpinischen Galliens, jedoch mit Ausschluß der urbicarischen Regionen, die tutoris datio, sowie die völlige iurisdictio den Magistraten der unabhängigen italienischen Republiken allein zu, soweit es die Statuten der Stadt (lex municipii) verstatteten[1607]). Zur Zeit der Pandektenjuristen ist die tutoris datio zwischen dem Prätor in Rom oder den Iuridici in den Regionen und den Municipalmagistraten getheilt. Der Prätor oder Iuridicus ist unter folgenden Voraussetzungen zuständig. Erstens, wenn im Gerichtsbezirke des competenten Stadtgerichtes keine zu Vormündern taugliche Personen zu finden sind, welchenfalls die städtischen Magistrate nach einer Constitution von M. Aurelius und Verus solche in den benachbarten Städten aufzusuchen, die Namen dem Obergerichte zum Zwecke der datio einzusenden, sich selbst aber der Bestellung ganz zu enthalten haben[1608]). Zweitens, wenn derjenige, welcher den Vormund erbittet, sich sofort in erster Instanz an den höheren Magistrat selbst wendet und diesem Tutoren vorschlägt. Der höhere Magistrat bestellt dann die Tutoren selbst, kann jedoch von der städtischen Behörde vorher Bericht über den Tutor erfordern oder ihr nachher die Cautionsleistung oder die datio selbst auftragen[1609]). In allen

---

1602) L. 1. C. V. 34.

1603) Die Tutelüberschrift des Cod. V. 34. und mehrere Interpolationen beweisen dieses, namentlich die Verwandelung von illustris (des gewöhnlichen Titels des Stadtpräfekten) in illustribus.

1604) L. 1. C. V. 34.

1605) L. 7. §. 6. C. V. 70. Cf. §. 3. Inst. I. 23.

1606) L. 30. C. I. 4.

1607) Rudorff §. 47, Bd. 1, S. 354. A. M. sind Zimmer, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 1, S. 885. Glück, Erl. der Pand. Bd. 39, S. 431, welche die tutoris datio der Duumvirn erst von einer Constitution der Divi Fratres an datiren, was jedoch aus dieser Constitution nicht hervorgeht.

1608) L. 24. D. 26. 5. L. 1. D. 27. 8.

1609) L. 1. §. 2. 3. 5. D. 27. 8. §. 5. Inst. I. 20. L. 46. §. 6. D. 26. 7. L. 6. C. V. 34.

anderen Fällen bleiben die städtischen Magistrate selbst noch zur tutoris und curatoris datio berechtigt. Nur liegt ihnen für die Wahl und Cautionsleistung der Vormünder seit Trajan die Verantwortlichkeit ob, was bei dem höheren Magistrate nicht der Fall ist[1610]). In Abwesenheit der Magistrate tritt der ordo oder die Curie an ihre Stelle; demselben steht jedoch die datio nur dann zu, wenn die Mehrzahl der Decurionen versammelt ist[1611]). Die subsidiarische Klage findet gegen den ordo nicht statt; die gegenwärtigen einzelnen Mitglieder haften nur dann, wenn sie sich verbürgt oder den Tutor vorgeschlagen oder die Gefahr übernommen haben[1612]). In der späteren Zeit war die Competenz der städtischen Magistrate noch beschränkter, indem sie nur auf Befehl des höheren Magistrates und selbst dann nur ärmeren Pupillen Vormünder bestellen können[1613]).

3) In den Provinzen. Nachdem sich die römische Herrschaft auf Provinzen erstreckte, waren gesetzliche Vorschriften über die tutoris datio der hingesendeten Statthalter nothwendig. Es kommen hier folgende in Betracht: 1) Zunächst dehnte eine lex Iulia et Titia die Grundsätze der lex Atilia auf die Provinzen aus, d. h. die Vorsteher derselben wurden ermächtigt, in Ermangelung aller Tutoren solche sowohl für Frauen als für Pupillen anzuordnen[1614]). Es fragt sich, ob unter der lex Iulia et Titia ein oder zwei Gesetze zu verstehen sind und welches Alter dieselben haben[1615]). Was den ersten Punkt betrifft, so entscheidet darüber zunächst der Gebrauch der Copula, welcher nur bei Aufzählung verschiedener, von verschiedenen Urhebern und aus verschiedenen Zeiten herrührender Gesetze vorkommt. Namentlich bei den Julischen Gesetzen ist dieser Gebrauch ziemlich feststehend. Weil nämlich neben Julischen Gesetzen der andere Consul niemals genannt, sondern die ganze lex einfach bezeichnet wird, so deutet ein zweiter Name neben einer lex Iulia stets sicher auf ein zweites davon verschiedenes Gesetz hin, wie dies z. B. bei der lex Iulia et Plautia, Iulia et Papia Poppaea und in vielen anderen Fällen ganz unzweifelhaft ist. Dazu bezeugt Theophilus ganz bestimmt, daß die lex Iulia et Titia zwei verschiedene Gesetze gewesen seien. Damit fällt die Annahme, daß die lex Iulia et Titia von Augustus und M. Titius im Jahre Rom's 723 gegeben worden sei[1616]). Es kann

---

1610) Vat. Fragm. §. 191. L. 1. C. V. 32. L. 1. pr. §. 9. D. 27. 8. L. 10. D. 26. 1. L. 19. §. 1. 29. L. 3. D. 26. 5.

1611) L. 19. pr. D. 26. 5.

1612) L. 1. pr. D. 27. 8.

1613) §. 4. Inst. I. 20.

1614) Theoph. ad pr. Inst. I. 20.

1615) Besonders gründlich sind diese Fragen erörtert worden von Marchs, de tutoribus ex lege Iulia et Titia in Fellenberg, Iurispr. antiqua Tit II. p. 541—574. Ihm sind auch die meisten Neueren gefolgt.

1616) Dieser Ansicht sind Schulting ad Ulpian. Fragm. Tit. 11. §. 18. Bach, histor. iur. Rom. II. cap. 2. §. 94. Heineccius, antiq. I. 13. §. 9. Haubold, epit. T. II. p. 45.

dies deshalb nicht sein, weil das Gesetz dann blos lex Iulia heißen würde und weil Augustus nicht mit Titius, sondern mit Messala zugleich Consul war und Titius nur als consul suffectus an August's Stelle trat, so daß das Gesetz lex Titia Valleria hätte heißen müssen, wenn diese Zeitbestimmung richtig wäre. Was der Urheber eines jeden dieser beiden Gesetze anlangt, so könnte die lex Iulia von Cäsar oder von Augustus herrühren; für letzteren entscheidet aber unbedingt der Umstand, daß von Augustus die Theilung der Provinzen herrührt, und daß für die Statthalter der kaiserlichen Provinzen, auf welche als bloße Stellvertreter des Kaisers als Proconsul die älteren Vorschriften über die Amtsverhältnisse der republikanischen Provinzialstatthalter nicht anwendbar waren, es neuer Ressortbestimmungen bedurfte. Die lex Titia schreibt Pighius dem Q. Titius zu, welcher im Jahre Rom's 526 mit L. Villius zugleich Volkstribun war[1617]). Der allgemeine geschichtliche Zusammenhang ist dieser Zeitbestimmung günstig, indem im J. 526 zuerst Prätoren cum imperio in die Provinzen, namentlich nach Sicilien und Sardinien geschickt wurden. Sollten diese die Befugniß zur tutoris datio haben, so mußten sie diese durch ein neues Gesetz erhalten, da die lex Atilia ihnen dieses Recht nicht gab. Hiernach ist das geschichtliche Verhältniß der drei leges über die Tutel dieses, daß die lex Titia als eine Anwendung der lex Atilia auf die damals vorhandenen Provinzen, die lex Iulia hingegen als eine Ausdehnung der lex Titia auf die Statthalter in den neu organisirten Provinzen erscheint. 2) Beide Gesetze bezogen sich nur auf die Bestellung ordentlicher Tutoren. Später ist aber auch die Ernennung außerordentlicher Tutoren ex SCtis den Statthaltern aller Provinzen überlassen worden[1618]). 3) Ebenso erhielten die Proconsuln und Praesides der verschiedenen Provinzen die ganze curatoris datio beigelegt[1619]). 4) Als die Behörden, welchen diese Bevormundung zusteht, sind bisher blos die Praesides selbst genannt worden, d. h. die Proconsuln in den Senatsprovinzen, die Praesides in den kaiserlichen, der Praefectus Augustalis von Aegypten, ferner jeder interimistische Vorsteher einer Provinz[1620]) von dem Zeitpunkte an, in welchem er seine Provinz betritt, bis dahin, wo er die Ankunft seines Nachfolgers erfährt[1621]). Was die Frage betrifft, ob auch ihre Stellvertreter dasselbe Recht haben, so ist gewiß, daß nach älterem Rechte der Statthalter zwar seine iurisdictio und das damit zusammenhängende imperium einem Anderen mandiren kann, nicht aber die ihm speciell durch eine lex, SCtum u. s. w. eingeräumten Befugnisse[1622]), also auch nicht die tuto-

1617) Pighius, Annal. Rom. T. III. p. 114.
1618) Ulp. XI. 20. Gai. I. 183.
1619) L. 11. D. 1. 18. Vgl. Gai. I. 200. L. 1. pr. L. 2. 7. §. 2. D. 27. 10. L. 8. §. 3. L. 12. pr. D. 26. 5. §. 5. 6. Inst. I. 23.
1620) L. 1. pr. D. 26. 5.
1621) L. 17. D. 1. 18.
1622) L. 1. pr. D. 1. 21.

ris und curatoris datio. Durch Bestimmungen von M. Aurelius ist dies etwas geändert worden. In den Senatsprovinzen soll nämlich der legatus Proconsulis, welchem der Regel nach die Jurisdiction mandirt wird, auch zur tutoris datio befugt sein[1623]). In den kaiserlichen Provinzen ist für die Stellvertreter der Statthalter nichts ähnliches bestimmt[1624]). Nur in Aegypten hat der iuridicus von Alexandria, welcher hinsichtlich der Jurisdiction schon seit Augustus gesetzlicher und beständiger Mandatar des Präfecten ist, nach einer Constitution von Marcus auch die tutoris datio[1625]). 5) Das Verhältniß der städtischen Obrigkeiten in den Provinzen in Ansehung der tutoris und curatoris datio beruht in der Kaiserzeit besonders darauf, ob die Städte ius Italicum haben oder nicht. Im ersten Falle haben sie Duumvirn und Senate, welche zum Statthalter ganz in demselben Verhältnisse stehen, wie in Italien[1626]). Im zweiten Falle haben sie keine Obrigkeiten, sondern blos ordines oder Senate, welche dem Statthalter nur die Vormünder auf eigene Verantwortlichkeit vorschlagen müssen[1627]). Erst in späterer Zeit kommt das allgemeine Amt der defensores auf, welche in italischen Städten neben den Magistraten vorkommen, in den Provinzialstädten aber ein Surrogat derselben sind, da ihnen eine untergeordnete Civiljurisdiction und Bevormundung, letztere völlig abhängig von den Statthaltern, zukam. 6) So verhielt es sich mit der tutoris und curatoris datio in den Provinzen, bis Justinian durch eine griechische Constitution[1628]) sie anders bestimmte. Da diese Gesetzgebung Justinian's bereits an einem anderen Orte dieses Werkes dargestellt worden ist, so ist darauf zu verweisen[1629]).

BB. Competenz[1630]). Es genügt nicht, daß die bevormundende Behörde überhaupt mit tutoris oder curatoris datio versehen ist, sondern sie muß dieselbe auch im concreten Falle haben. Die Competenz bestimmt sich nach der allgemeinen Regel, daß in Ansehung desjenigen, welcher in der Diöces, dem Territorium, der Provinz dieser bestimmten Behörde Bürgerrecht und Wohnsitz hat, wer hier civis oder originarius, incola oder possessor ist, auch die ordentliche Obrigkeit des Sprengels die competente ist. Das forum originis und domicilii bildet auch hier die Regel. Diese Regel findet in doppelter Beziehung Anwendung, in Ansehung des Pflegebefohlenen und in Ansehung des Vormundes selbst. 1) Was den Pflegebefohlenen anlangt, so ist nur diejenige Obrigkeit ihm Vor-

---

1623) L. 15. D. 1. 16. L. 1. §. 1. D. 26. 5.
1624) L. 8. D. 26. 5. L. 1. pr. D. 1. 21.
1625) L. 2. D. 1. 20.
1626) L. 1. pr. §. 2. 3. 5. 9. 10. D. 27. 8. L. 3. 19. §. 1. L. 24. 29. D. 26. 5. §. 5. Inst. I. 20. L. 46. §. 6. D. 26. 7. Vat. Fragm. §. 191.
1627) L. 1. fin. C. V. 33.
1628) L. 30. C. I. 4.
1629) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 143 flg.
1630) Dig. Lib. 26. Tit. 6. Qui petant tutores vel curatores et ubi petantur. Cod. Lib. 5. Tit. 32. Ubi petantur tutores vel curatores.

münder zu bestellen berechtigt, in deren Gerichtsbezirke er entweder civis ist oder seinen bleibenden Wohnsitz hat[1631]). Civis oder municeps ist er (abgesehen von Rom als communis origo oder patria aller römischen Bürger) an dem Orte, wo der Vater (bei unehelichen Kindern die Mutter) es war, oder wo er adoptirt, manumittirt oder zum Bürger aufgenommen ist. Domicilirt ist der Pflegebefohlene nicht schon da, wo er sich aufhält (ubi moratur, ubi consistit), sondern wo er seinen festen bleibenden Wohnsitz hat, namentlich wo er possessionirt ist (ubi possidet, ubi patrimonium vel facultates habet)[1632]). Ist dieses in mehreren Gerichtsbezirken der Fall, so ist jeder Magistrat rücksichtlich des in dem seinigen liegenden Vermögens zuständig[1633]). Jede der competenten Obrigkeiten hat auch nicht nöthig, ihre datio auf die in ihrem Gerichtsbezirke liegenden Güter des Pfleglinges zu beschränken, sondern jede kann einen ganz generellen Tutor oder Curator bestellen; nur können sich die unbestimmt ernannten Tutoren und Curatoren von dem in der anderen Provinz liegenden Theile des Vermögens excusiren. Ohne Bedenken kann aber der Magistrat die datio nicht blos bei Curatoren, sondern auch bei Tutoren auf die in seinem Gerichtsbezirke befindlichen Vermögenstheile beschränken, weil er ja später auch certae rei Tutoren geben darf; es ist aber eine solche Beschränkung im Decrete ausdrücklich zu bemerken, weil im Zweifel jede datio auch hier als eine generelle betrachtet wird[1634]). Ausnahmen von der angegebenen Regel des forum domicilii und originis bilden einerseits Rom als communis origo aller römischen Bürger, wodurch indessen die dortigen Magistrate nicht ermächtigt sind, jedem sich zufällig dort aufhaltenden, aber in Italien oder in der Provinz ansässigen Pupillen Vormünder zu bestellen, indem sie sich vielmehr damit auf die zu Rom geborenen oder domicilirten Pupillen zu beschränken haben[1635]), andererseits die von Justinian dem Gerichte, wo ein Proceß anhängig ist, eingeräumte Befugniß, dem Beklagten nöthigenfalls einen curator ad litem zu bestellen[1636]). 2) Was den Vormund anlangt, so kann auch nur derjenige giltig dazu ernannt werden, welcher dem Gerichtszwange des ernennenden Magistrates unterworfen ist[1637]). Die einzelnen Anwendungen dieses Grundsatzes sind bereits an einem anderen Orte dieses Werkes erwähnt worden[1638]).

1631) L. 1. §. 2. D. 26. 5. L. un. C. V. 32. L. 10. D. 26. 1. L. 24. D. 26. 5.

1632) L. 7. C. de incolis (X. 40. (39.))

1633) L. 27. pr. D. 26. 5. Vat. Fragm. §. 232. L. 30. §. 1. D. 27. 1.

1634) L. 21. §. 2. D. 27. 1. L. 2. C. V. 62. L. 27. pr. D. 26. 5.

1635) Vat. Fragm. §. 232. L. 30. §. 1. D. 27. 1. Arg. L. 1. §. 2. D. 26. 5.

1636) L. 28. §. 1. C. V. 37.

1637) L. 4. D. 1. 14. L. 5. D. 1. 18. L. 4. D. 26. 5.

1638) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 145.

CC. Inhalt der obrigkeitlichen tutoris vel curatoris datio. 1) Allgemeine Regeln. Die Giltigkeit der Bevormundung hängt ferner von der Beobachtung der Grenzen der Vormundschaftsbestellung im concreten Falle ab. Im allgemeinen ist das Bestellungsrecht der Obrigkeit viel umfangreicher als das des Testirers, indem sie nicht blos Pupillentutoren für impuberes und Geschlechtstutoren für Frauen, sondern auch alle Arten von Curatoren anordnen kann. Indessen ist auch die obrigkeitliche tutoris und curatoris datio an folgende allgemeine Beschränkungen gebunden. I. Auch die Obrigkeit kann der Regel nach nur personae, nicht aber rei vel certae causae, d. h. nur generelle, nicht aber specielle Vormünder bestellen (tutor vel curator personae datur). Diese Regel gilt nicht blos von der Tutel, sondern auch von der Cura, obgleich die römischen Juristen sie nur bei ersterer, und auch blos bei einer Art derselben, der testamentarischen, hervorheben. Sie bezeichnet den ursprünglichen Charakter beider Arten der Vormundschaft, im Gegensatze der späteren Entwickelung der obrigkeitlichen, nicht aber das Eigenthümliche der Tutel im Gegensatze der Cura [1639], da letztere vor der lex Plaetoria nur generell war. II. Die Obrigkeit kann nur subsidiarisch, d. h. in Ermangelung eines anderweiten Schutzverhältnisses Vormünder bestellen. Die obrigkeitliche Bevormundung hat daher folgende Voraussetzungen: 1) der Pflegling darf nicht in häuslicher Abhängigkeit stehen; es kann daher einem Sclaven, einem Kinde unter väterlicher Gewalt, einer Ehefrau in strenger Ehe ordentlicher Weise kein obrigkeitlicher Vormund bestellt werden. Indessen ist während der status quaestio gegen einen homo sui iuris Bevormundung möglich, weil er während des Processes als frei gilt [1640]; doch ist sie nur dann rechtsbeständig, wenn der Pupill im Urtheile als frei oder unabhängig anerkannt wird; im entgegengesetzten Falle erlischt sie mit dem Urtheile, weil er dann in die potestas zurückfällt. 2) Der Pflegling darf auch nicht bereits einen Vormund haben, weil sonst in dessen Rechte eingegriffen werden würde, was besonders wider den älteren Charakter der Vormundschaft wäre. a) In Anwendung auf die Tutel und deren beide Arten, die Geschlechts- und Pupillentutel, wird dieser Rechtssatz so ausgedrückt: Tutorem habenti tutor non datur [1641]. In Uebereinstimmung mit dieser Rechtsregel verstatten deshalb die älteren Gesetze über die tutoris datio, nämlich die lex Atilia, und die lex Iulia et Titia dieselbe nur unter der Voraussetzung: si cui nullus omnino tutor sit [1642]. Hiernach können ordentliche Tutoren aus diesen Gesetzen nur in folgenden Fällen gegeben werden: aa) wenn

---

1639) v. Löhr, im Magazin Bd. III, S. 19 flg. Der Bedenken zu erregen geeignete §. 2. Inst. I. 23. ist ungeschickt eingeschaltet.

1640) L. 1. C. V. 34. L. 17. D. 26. 5. L. 6. C. III. 31.

1641) §. 5. Inst. I. 23. L. 27. pr. D. 26. 2. L. 10. 11. D. 26. 5. L. 21. §. 4. L. 37. D. 27. 1. L. 9. C. V. 31. L. 9. C. V. 32. L. 4. C. V. 36.

1642) Gai. I. 185. Ulp. Fragm. XI. 18. pr. Inst. I. 20. und dazu Theoph.

ein gesetzlicher oder ein testamentarischer oder confirmirter Tutor entweder nie vorhanden gewesen oder gestorben oder capite deminuirt ist[1643]). Doch müssen, wenn der Tutoren mehrere sind, erst alle gestorben sein; sonst wäre die Anordnung einer Dativtutel nur ex SCtis zulässig[1644]); bb) wenn kein anderer gesetzlicher Tutor als die Mutter und Großmutter vorhanden ist, diese aber die Tutel nicht übernehmen wollen[1645]), weil, so lange diese nicht gewollt haben, noch gar kein Tutor vorhanden ist; cc) wenn die Erbschaft aus dem Testamente noch nicht angetreten oder conditio oder dies der tutoris datio nicht erfüllt ist, so ist nach dem früher Bemerkten die testamentarische Tutel noch nicht deferirt; es kann auch die legitima tutela nicht aufrücken, weil der Erblasser nicht intestatus in Bezug auf die Tutel gestorben ist; folglich kann hier die Obrigkeit einen Tutor bestellen und zwar nicht ex SCto, sondern schon ex lege Atilia, Iulia et Titia[1646]), welcher aber nur ein interimistischer ist, weil, sobald die Bedingung oder der dies eintritt oder die Erbschaft angetreten wird, die testamentarische Tutel in Wirksamkeit tritt[1647]); dd) wenn der Tutor einer Frau oder eines Pupillen in feindliche Gefangenschaft kommt, so wird er Sclave der Feinde; allein wegen des möglichen postliminium findet doch keine Succession in der Tutel statt, vielmehr wird ein atilianischer Tutor bestellt[1648]). Mit der Rückkehr aus der Gefangenschaft bekommt der erstere iure postliminii die Tutel wieder und der atilianische Tutor hört auf Tutor zu sein. War aber der Tutor nicht gefangen, sondern zu den Feinden übergegangen, oder als Gesandter zu ihnen geschickt oder ihnen wieder abgenommen, so kann der Pflegling zwar auch einen interimistischen Tutor erhalten, aber nicht ex lege Atilia, Iulia et Titia, da der alte Tutor nicht Sclave wird, sondern ex SCto[1649]). b) Auch bei der Cura gilt dieselbe Regel, indem es auch bei ihr Grundsatz ist: curatorem habenti curator non datur, wenn nicht besondere Gründe, wie sie freilich auch bei der Tutel vorkommen, eine Ausnahme rechtfertigen[1650]). Die Anwendungen dieses Satzes sind

---

1643) Gai. I. 195. Liv. 39. 9.

1644) L. 11. §. 3. 4. D. 26. 2.

1645) L. 4. §. 4. Th. C. III. 17. i. e. L. 2. C. V. 35.

1646) Gai. I. 186. §. 1. Inst. I. 20. L. 10. pr. L. 11. D. 26. 2.

1647) Gai. I. 186. L. 9. §. 2. 3. D. 27. 3.

1648) Gai. I. 187. §. 2. Inst. I. 20.

1649) L. 15. D. 26. 2.

1650) L. 10. C. V. 34. Zwar scheint L. 20. §. 1. D. 26. 5. von Modestinus entgegenzustehen, weshalb Manche in ersterer Stelle statt curatorem haben tutorem lesen wollen. Allein die gemeine Lesart hat die besseren Auctoritäten für sich und giebt auch einen guten Sinn, wenn man die bestimmtere Constitution Diocletian's auf die Regel, die unbestimmte Aeußerung Modestin's aber entweder auf deren Ausnahmen bezieht oder sie so deutet, daß sich bei der Cura über den fraglichen Satz keine bestimmte Rechtsregel ausgebildet habe, da er hier nicht auf der lex Atilia, sondern auf der Praxis der Magistrate beruhte, welche auch in die Rechte eines einmal bestellten Curators nicht ohne Grund eingriffen.

folgende: aa) Neben einem einmal erbetenen curator ad litem kann, so lange derselbe im Amte ist, kein zweiter bestellt werden[1651]). bb) Ein curator furiosi und prodigi kann von der Obrigkeit der Regel nach nur dann bestellt werden, wenn kein confirmirter oder kein gesetzlicher Curator dieser Personen vorhanden ist[1652]). cc) Auch neben einem curator pupilli können nur causa cognita aus besonderen Gründen andere Curatoren bestellt werden[1653]). — Die Wirkung, welche eintritt, wenn gegen die obigen Regeln ein Vormund gegeben ist, besteht einfach in der Nichtigkeit der datio[1654]); der Vormund kann daher, sofern er sich doch der Verwaltung unterzogen hat, nur als Protutor belangt werden; ein periculum cessationis trifft ihn dagegen nicht[1655]). Andererseits trägt der ordentliche Vormund, ungeachtet der Substitution, das periculum der Zwischenzeit dennoch ganz, weil er die Pflicht zur Administration behält[1656]).

2) Ausnahmen. Specielle und außerordentliche Vormünder. a) Neben einer potestas. Die beiden Regeln: tutor (vel curator) personae datur und tutorem (vel curatorem) habenti tutor (vel curator) non datur, haben durch das spätere Recht Ausnahmen erlitten, in welchen die Obrigkeit sowohl certae rei und causae[1657]), als auch tutorem vel curatorem habenti, also sowohl ordentliche specielle als auch außerordentliche General- und Specialvormünder bestellen kann. Letztere insbesondre können sowohl neben einer potestas, als auch neben einer eigentlichen Vormundschaft vorkommen. — Neben einer potestas kommen außerordentliche Vormünder in Fällen vor, wenn die Gewalt gehemmt ist. Anwendungen sind folgende: 1) Neben der dominica potestas kommt eine außerordentliche Specialtutel vor, wenn dem unmündigen Sclaven Freiheit und Erbschaft fideicommissarisch hinterlassen sind und der Erbe die Antretung der Erbschaft verweigert. Die Verpflichtung dieses Specialtutors beschränkt sich auf gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche des Sclaven auf Antretung, Freilassung, Restitution und Caution. Hierauf legt er nieder und der Patron wird gesetzlicher Tutor. Diese Grundsätze eines SC. hat Hadrian auf

1651) L. 5. D. 26. 1.

1652) L. 7. §. 6. C. V. 70. L. 13. D. 27. 10. Es ist daher die Annahme Mancher, daß im Justinianeischen Rechte die cura legitima furiosi und prodigi ganz aufgehoben und in eine dativa verwandelt worden sei, unrichtig. Man beruft sich dafür auf L. 1. pr. D. 27. 19. und §. 3. Inst. I. 23. Daß aber diese Stellen nur den Fall im Auge haben, wenn kein legitimus vorhanden oder der vorhandene unbrauchbar ist, beweist nicht nur Ulpian's Eintheilung der Curatoren in legitimi und honorarii (Ulp. XII. 1.), sondern auch Theophilus, welcher die Institutionenstelle ausdrücklich nur von diesem Falle erklärt.

1653) L. 10. C. V. 34.

1654) L. 9. C. V. 34.

1655) Vat. Fragm. §. 228. L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 1. C. V. 28.

1656) L. 10. C. V. 34.

1657) L. 2. C. V. 62. L. 11. C. V. 34. L. 1—3. C. III. 6.

directe Freiheit ausgedehnt, wo ein Specialtutor zur auctoritas bei dem liberale iudicium bestellt werden soll[1658]. 2) Neben der väterlichen Gewalt wird in den Fällen des sog. peculium adventitium extraordinarium ein Vormund bestellt. Dieser kann bisweilen ein Tutor sein. Wurde nämlich z. B. während der Deportation des Vaters ein Tutor ernannt und der restituirte Vater verwaltet das Vermögen schlecht, so bleibt er als Tutor im Amte[1659]. Gewöhnlich ist er aber ein bloßer Curator. Die wichtigsten Fälle sind folgende: a) wenn derjenige, welcher einem Kinde unter väterlicher Gewalt Vermögen durch letzten Willen oder Schenkung zuwendet, das dem Kinde zugewendete Vermögen der väterlichen Verwaltung entzogen wissen will. Hier steht die Verwaltung zunächst demjenigen zu, welchen der Geber ernannt hat; demnächst aber bestellt der Richter einen Curator[1660]; b) wenn der Vater das Vermögen leichtsinnig oder schlecht verwaltet, indem ihm hier die Verwaltung ebensogut wie einem Vormunde entzogen werden kann[1661]; c) wenn der Sohn eine Erbschaft ohne Einwilligung des Vaters erwirbt und letzterer dieselbe nicht verwalten will[1662]. Diese Ausnahmsfälle, in welchen einem Kinde unter väterlicher Gewalt ein Vormund bestellt werden kann, sind auch im heutigen Rechte praktisch und werden in vielen Particularrechten anerkannt[1663]. Zu diesen Fällen tritt nach teutschem und heutigem Rechte noch ein vierter hinzu; d) bei Verträgen, Auseinandersetzungen und sonstigen Rechtsgeschäften zwischen dem Vater und dem unmündigen Hauskinde, wo letzterem ein besonderer Vormund bestellt werden muß. Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kindern sind zwar nach römischem Rechte nicht möglich; das teutsche Recht hat aber den entgegenstehenden Grundsatz und dieser hat sich gegen das römische Recht erhalten[1664].

b) Neben einer Vormundschaft. α) Im allgemeinen. Auch neben einem Vormunde können außerordentliche Vormünder oder Gehilfen von der Obrigkeit erbeten werden. Im allgemeinen sind dem römischen Rechte vier verschiedene Arten derselben bekannt. 1) Tutoren. Der außerordentliche Vormund muß nämlich unter folgenden Voraussetzungen ein Tutor sein; erstens, wenn die Person, welcher er beistehen soll, eine Frau oder ein Pupill ist; zweitens, wenn er diese Person gerade bei Handlungen unterstützen soll, welche nicht anders als in Person und nicht ohne auctoritas vorgenommen werden können[1665]. Dahin

---

1658) L. 13. pr. D. 26. 5.
1659) L. 13. §. 2. 3. C. IX. 51.
1660) Nov. 117. cap. 1.
1661) L. 13. §. 2. C. IX. 51.
1662) L. 8. §. 1. C. VI. 61.
1663) Z. B. in den Vormundschaftsordnungen der Länder sächsischen Rechtes. Vgl. Heimbach, sächs. Privatr. §. 141.
1664) Vgl. den Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 64 flg.
1665) L. 19. D. 26. 8.

gehören also legis actiones und legitima iudicia[1666]), hereditatis aditio[1667]), dotis datio, dictio, promissio[1668]) und ähnliche Fälle. Im Justinianeischen Rechte, wo die legis actiones verschwunden sind und nach Wegfall der Geschlechtstutel zur dotis constitutio ein Curator genügt[1669]), beschränkt sich die Nothwendigkeit eines Tutors fast auf den Fall der hereditatis aditio[1670]). Wenn auch noch zu Stipulationen auctoritas nöthig ist, so ist indirect doch auch hier seit der Gestattung von utiles actiones indirect Stellvertretung möglich. 2) Curatoren. Ist der Pflegebefohlene eine mündige Frauensperson, so kann auch der außerordentliche Geschlechtsvormund nicht Curator, sondern nur Tutor sein; ist er dagegen Pupill, so steht es in allen Fällen, wo nicht gerade auctoritas schlechterdings erforderlich ist, im ganzen in dem Ermessen des Richters, ob er einen Tutor oder Curator als außerordentlichen Vormund ernennen will. Rücksicht auf den ordentlichen Tutor wird indessen da mehr für eine curatoris datio entscheiden, wo dessen Tutel geschont werden soll, indem nach mehreren Senatusconsulten durch die tutoris datio die Tutel des ordentlichen Tutor erlischt, was bei einer curatoris datio nicht der Fall ist. Ist endlich der Pflegebefohlene ein Minorenner, Wahnsinniger u. s. f., dann kann auch der außerordentliche Vormund nur ein Curator sein[1671]). 3) Adjutoren. Tutor und Curator wird der Gehilfe des ordentlichen Vormundes dann genannt, wenn ihm die Obrigkeit auf die Bitte der Mutter, des Minorennen und der sonstigen zur petitio berufenen Personen, ernennt und zwar so, daß das periculum seiner Administration ihn selbst und die übrigen Personen, welche das periculum mit tragen müssen, trifft; Adjutor hingegen heißt er dann, wenn er von der Obrigkeit auf die Bitte und auf die Gefahr des ordentlichen Vormundes ernannt wird[1672]). 4) Actoren. Actor oder Proceßführer heißt der auf Gefahr des ordentlichen Tutors oder Curators von der Obrigkeit bestellte Gehilfe in gerichtlichen Geschäften. Er ist vom Tutor oder Curator darin verschieden, daß er auf Bitte und Gefahr des ordentlichen Vormundes bestellt wird, wie der Adjutor[1673]); von diesem darin, daß er nur bei Processen, nicht bei außergerichtlichen Geschäften vorkommt; von einem bloßen Procurator darin, daß er nicht durch ein bloßes Mandat der Tutoren und Curatoren oder des Pflegebefohlenen mit Einwilligung der Vormünder, sondern durch ein Decret des Magistrates bestellt wird[1674]); von einem tutor und curator in litem auch noch darin, daß er nicht einen Proceß des Pflegebefohlenen

1666) Gai. I. 184. Ulp. XI. 24.
1667) L. 17. § 1. D. 49. 1. Gai. I. 176. Ulp. XI. 22.
1668) Gai. I. 178. 180. Ulp. XI. 21. L. 60. 61. D. 23. 3. L. 28. C. V. 12.
1669) L. 60. 61. D. 23. 3. L. 28. C. V. 12. L. 7. C. V. 61.
1670) L. 9. C. V. 61.
1671) L. 13. D. 27. 10.
1672) L. 13. § 1. D. 26. 1.
1673) §. 6. Inst. I. 23. L. 24. pr. D. 26. 7.
1674) L. 24. pr. D. 26. 7.

mit seinem ordentlichen Vormunde, sondern mit Dritten führen soll. Die Bestellung eines solchen darf dem ordentlichen Vormunde nicht versagt werden, wenn er den oder die Rechtsstreite wegen vieler Geschäfte oder wegen Alters, Krankheit oder aus anderen Gründen nicht führen und zugleich wegen Abwesenheit oder Kindheit des Pupillen oder anderer Gründe halber keinen Procurator bestellen kann[1675]. Hat er schon litem contestirt, so bedarf es keines Actors, weil er sich nun durch einen Procurator helfen kann[1676]. β) In litem dandus tutor sive curator[1677]. Unter den Fällen, in welchen außerordentliche Vormünder vorkommen, ist zuerst der praetorius oder praetorianus, specialis oder in litem dandus tutor oder curator zu betrachten, d. h. der Vormund, welcher dem Pfleglinge zur Vertretung oder zum Beistande in einem Rechtsstreite mit dem ordentlichen Vormunde gegeben wird. Dieser Fall ist unter den außerordentlichen Bevormundungen der älteste, indem er, vielleicht schon vor der lex Atilia, durch die Praxis (mores) in Rom entstanden und erst später durch Theorie und Gesetzgebung erweitert worden ist[1678]. Die Voraussetzungen, unter welchen ein solcher Vormund bestellt wird, sind folgende: 1) ein gerichtlicher Rechtsstreit (actio, causa, res, lis), in welchem der Pflegebefohlene, d. h. die Frau, der Pupill, der Minorenne, Wahnsinnige u. s. f., Partei ist, gleichviel ob Kläger oder Beklagter, oder in einem iudicium duplex in beiden Parteirollen zu gleicher Zeit[1679]. Was die Qualität des Rechtsstreites anlangt, so war diese zu verschiedenen Zeiten verschieden. Gajus und Ulpian nennen von den negotia nur legis actiones, von den iudicia nur legitima iudicia zwischen dem Pfleglinge und dem iustus tutor[1680]. Später finden sich indessen auch bei den negotia per formulam und bei den iudicia, quae imperio continentur, Tutoren und Curatoren in litem, und im Justinianeischem Rechte, wo ius und iudicium, negotium und

---

1675) L. 24. pr. D. eod.

1676) L. 11. C. de procurat. (II. 12. (13.))

1677) Cod. Lib. V. Tit. 44. Nov. 72. cap. 2. Gesta Reatina a. 557.

1678) Gai. I. 184. Ulp. XI. 24. Der Name tutor praetorius oder praetorianus, sowie der Umstand, daß in beiden Stellen der Praetor urbanus als die bestellende Behörde genannt wird, könnte zu dem Schlusse veranlassen, als ob überhaupt erst seit Einführung der Prätur dergleichen Tutoren vorgekommen wären. Dies würde aber ganz unrichtig sein. Denn beide Juristen bringen die Bestellung eines tutor praetorius mit der legis actiones in Verbindung, und die legis actiones sind ohne Zweifel viel älter als die Einführung der Prätur; die Fälle der Nothwendigkeit der Bestellung eines solchen tutor sind mithin schon seit der ältesten Zeit Rom's vorgekommen und vor der Einsetzung eines besonderen mit der Rechtspflege betrauten Magistrates mußten der König und dann die Consuln oder die mit der Consulargewalt bekleideten Tribunen, welche Magistrate ja alle die Rechtspflege mit zu handhaben hatten, einen solchen Tutor ernennen.

1679) L. 3. §. 2. D. 26. 1. Gesta Reat. p. 121—123. L. 4. pr. D. 26. 1. L. 21. C. V. 62.

1680) Gai. I. 184. Ulp. XI. 24. L. 27. §. 1. D. 28. 1. Cf. L. 20. D. 27. 1.

lis zusammenfallen, auch bei den extraordinaria iudicia desselben[1681]). Justinian ging aber noch einen Schritt weiter, indem er verordnete, daß schon mit dem bloßen Eintritte einer Forderung des Vormundes gegen den Pupillen oder Minorennen dem ordentlichen Vormunde ein außerordentlicher Tutor oder Curator beigeordnet werden soll, welcher darauf zu sehen hat, daß jener nicht etwa irgend eine Widerrechtlichkeit gegen den Pflegling oder dessen Vermögen begehe[1682]). 2) In Ansehung des Gegners bei diesem Rechtsstreite ist zwischen dem älteren und neueren Rechte zu unterscheiden. Ursprünglich kam nämlich dieser Vormund nur als ein außerordentlicher, d. h. im Processe mit dem iustus tutor oder curator vor[1683]). Später kann er auch als außerordentlicher Specialtutor bestellt werden. Dies gilt unter anderen als provisorische Maßregel, wenn ein Proceß mit Dritten fortgesetzt werden muß, ehe dem Pupillen ein ordentlicher genereller Pupillentutor erbeten werden kann[1684]). Ferner muß jeder Minderjährige, wenn er auch keinen generellen Curator hat, doch, um persona standi in iudicio zu haben, zu jedem Rechtsstreite einen besonderen curator ad litem erbitten[1685]). Endlich muß nach einer Verordnung Justinian's, wenn ein Beklagter nach geleisteter Proceßcaution oder Litiscontestation wahnsinnig wird, sofort im zuständigen Gerichte der Richter auf Bitte der Cognaten und Affinen und im Beisein des Klägers, wenn dieser es will, einen Curator bestellen, welcher die defensio übernehmen und den Proceß zu Ende führen soll (cetera litis adimplere)[1686]). In allen diesen Fällen ist also der Tutor sowohl als der Curator ad litem ein ordentlicher Specialvormund. 3) Es dürfen neben dem mit dem Pfleglinge im Proceß befindlichen Vormunde nicht noch andere Mitvormünder vorhanden sein. Sind nämlich solche, es seien Contutoren oder Concuratoren, vorhanden, so bedarf es nicht der Ernennung eines specialis tutor, weil einer der Mitvormünder den Pflegling dem Vormunde, welcher Gegner desselben im Processe ist, gegenüber vertreten oder demselben Beistand leisten kann[1687]). In einzelnen Stellen wird allerdings auch neben mehreren Vormündern ein tutor ad litem genannt; diese lassen sich am leichtesten von gesetzlichen Tutoren erklären, von welchen einer allein nicht giltig die auctoritas zu einem Geschäfte des Pupillen ertheilen kann[1688]). — Was die Art der anzuordnenden Vormundschaft anlangt, so mußte der Vormund nach älterem Rechte in gewissen Fällen nothwendig tutor sein, nämlich dann, wenn der Pflegling eine Frauensperson oder ein Pupill

1681) Gesta Reat. l. c. §. 3. Inst. I. 21.
1682) Nov. 72. cap. 2.
1683) Gai. I. 184. Ulp. XI. 24. L. 3. §. 2. L. 4. pr. D. 26. 1. L. 1. 2. 5. C. V. 44. L. 9. §. 4. D. 27. 3. §. 3. Inst. I. 23.
1684) Die Gesta Reat. p. 122. enthalten ein Beispiel davon.
1685) L. 11. C. V. 44. L. 1—3. C. III. 6.
1686) L. 28. §. 1. C. V. 37.
1687) L. 9. §. 4. D. 27. 3. L. 24. D. 26. 3. L. 1. C. V. 44.
1688) 3. B. L. 4. C. V. 44.

und der Proceß eine legis actio oder ein legitimum iudicium war. Es war nämlich in solchen Fällen eine Stellvertretung des Pupillen oder der Frau durch einen Curator oder Procurator nicht möglich, da bei den legis actiones und bei den legitima iudicia die Parteien in Person handeln müssen[1689]). Ein Auftreten der Frau oder des Pupillen selbst im Processe war ohne auctoritas nicht zulässig, welche aber der ordentliche Tutor nicht giltig ertheilen konnte, weil er auctor in rem suam gewesen sein würde. Es blieb also nichts übrig, als dem Pfleglinge einen speciellen Tutor beizuordnen, welches eben der tutor praetorius oder praetorianus ist. Im Justinianeischen Rechte finden sich keine processualischen legis actiones mehr; ebenso kommen in demselben keine legitima iudicia mehr vor. Alle noch übrigen Processe sind daher solche, in welchen freie Stellvertreter, Cognitoren, Procuratoren, Curatoren vorkommen können, und so kann denn auch dem Pupillen ein curator ad litem beigeordnet werden, was nach den Institutionen das Gewöhnliche ist[1690]). Es ist dies aber nicht das einzig Mögliche; noch in der Justinianeischen Compilation wird der tutor erwähnt, wie sich denn auch in dem Reatinischen Protocoll von 557 ein solcher Specialtutor findet. Ja selbst nach Justinianeischem Rechte muß dieser Vormund, wenn der Pupill in Person auftreten soll, nothwendig ein Tutor sein, und nur, wenn er vertreten werden soll, ist die Art der Vormundschaft gleichgiltig. Bei einem minor furiosus kann der Vormund immer nur ein Curator sein[1691]). Die Bestimmung des Umfanges dieser Specialtutel steht ganz in dem Ermessen der Obrigkeit. Sie kann mehreren ordentlichen Vormündern nur einen oder auch umgekehrt einem ordentlichen Vormunde mehrere Litiscuratoren substituiren, und denselben Litiscurator für einen oder mehrere Processe, sei es mit demselben oder mit verschiedenen Gegnern, bestellen[1692]). Ist indessen bei der petitio oder der datio der Geschäftskreis des Vormundes nicht näher angegeben, so ist anzunehmen, daß, wenn der Pflegebefohlene mehrere Processe hat, die Bestellung sich auf diese sämmtlich bezieht; hat er aber nur Einen Proceß, so ist anzunehmen, daß der Vormund für alle Streitpunkte in diesem ganzen Judicium bestellt ist, so daß ihm z. B. bei Auseinandersetzungen zwischen dem Vormunde und dem Pflegebefohlenen, wie in dem iudicium communi dividundo und familiae herciscundae, nicht nur die Geltendmachung der Ansprüche des Pfleglinges durch Klage, sondern auch dessen Vertretung gegen die Ansprüche des Vormundes obliegt. Diese Interpretationsregeln sind schon von Servius Sulpicius und Sabinus aufgestellt worden[1693]). Der einmal für einen Proceß bestellte Curator behält sein Amt bis zu Beendigung des Rechtsstreites, so daß

1689) Pr. Inst. IV. 10. L. 123. pr. D. 50. 17.
1690) §. 3. Inst. I. 21.
1691) L. 28. §. 1. C. V. 37.
1692) L. 4. §. 1. 5. D. 26. 1.
1693) L. 3. §. 4. L. 4. pr. D. 26. 1. L. 21. C. V. 62.

er nicht willkürlich wieder entfernt und ein anderer an seine Stelle gesetzt werden kann[1694]). Die Amtspflichten und die Verantwortlichkeit eines solchen Curators sind nur auf das ihm übertragene Geschäft beschränkt[1695]). Das Verfahren bei der Bestellung eines solchen Tutors wird durch das Reatinische Protocoll sehr veranschaulicht. Zunächst bedarf es einer petitio, welche jedoch von verschiedenem Charakter ist, je nachdem der Vormund ein ordentlicher Specialvormund oder ein außerordentlicher praetorius tutor ist. In diesem Falle muß der Pupill in Person und im Beisein des Gegners, d. i. des ordentlichen Tutors, den Vormund erbitten; es ist daher im Falle der Abwesenheit oder Kindheit des Pupillen die Bestellung eines solchen Vormundes gar nicht möglich, indem auch der ordentliche Tutor den abwesenden Pupillen hier nicht vertreten darf. Dagegen kann der Pupill im Falle der contumacia vom Prätor zur Erbittung gezwungen werden[1696]). In jenem Falle geschieht die petitio nach den gewöhnlichen Regeln, und zwar von der Mutter, den Cognaten und Affinen, und im Falle der Säumniß derselben vom Kläger[1697]). Die datio selbst erfolgt durch ein Decret des Prätors oder des Präses oder der Curie, welches, da es keiner causae cognitio bedarf, an jedem Orte, d. h. pro tribunali und de plano, und an jedem Tage, es sei ein dies fastas oder nefastus, ertheilt werden kann. Mit der Bestellung ist zugleich eine Bürgschaftsleistung verbunden. Das über den ganzen Vorgang aufzunehmende Protocoll ist dem Vormunde und dem Bürgen auf ihr Verlangen abschriftlich mitzutheilen[1698]). γ) Andere außerordentliche Vormünder[1699]). Spätere Volksschlüsse, Senatusconsulte und deren Analogie ermächtigten auch noch bei anderen rechtlichen und factischen Verhinderungen des ordentlichen Vormundes die Obrigkeit zur Bestellung eines außerordentlichen Tutors oder Curators neben demselben, so daß man zuletzt, namentlich bei der Cura, zu dem allgemeinen Grundsatze gelangte, daß sich die Obrigkeit aus triftigen Gründen über die Regel: tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari non potest, allerdings hinwegsetzen dürfe[1700]). Folgende einzelne Fälle werden in den Quellen genannt: 1) Unmündigkeit und Minderjährigkeit des ordentlichen Tutors. Ist der ordentliche Tutor ein testamentarischer, so läßt schon die lex Atilia die Bestellung eines ordentlichen interimistischen Tutors, also auch eines Curators bis zur Erfüllung der stillschweigenden Bedingung, d. h der Volljährigkeit,

1694) L. 5. pr. D. 26. 1. L. 3. C. V. 44. §. 3. Inst. I. 21.

1695) L. 3. 4. C. V. 44. L. 28. §. 1. C. V. 37.

1696) L. 3. §. 2. D. 26. 1. vgl. mit L. 2. eod. L. 5. 6. D. 26. 6.

1697) Gest. Reat. p. 122. L. 2. §. 3. D. 26. 6. L. 28 §. 1. C. V. 37.

1698) L. 3. §. 3. D. 26. 1. L. 8. D. 46. 6. L. 28. §. 4. C. VI. 37. Gesta Reat. p. 123.

1699) Dig. 26. 5. de tutoribus datis — et in quibus causis specialiter dari possunt. Cod. V. 36. In quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest.

1700) L. 13. D. 27. 10. L. 10. C. V. 34.

zu[1701]). Ist er aber gesetzlicher Tutor, so ist er schon im Moment der Delation wirklicher Tutor, und es kann mithin nach der lex Atilia kein interimistischer Vormund mehr bestellt werden, sondern es bedarf dazu besonderer Erlaubniß. Diese gewährte, wenn der gesetzliche Tutor Geschlechtstutor war, die lex Iulia de maritandis ordinibus und ein SC., welches diese lex auf beide Arten von Provinzen erstreckte[1702]), zum Behufe der dotis datio, dictio, promissio[1703]), auctio, mutatio und exactio einer nuptura ex hoc ipsa lege oder einer nupta[1704]), nicht aber zur venditio rerum dotis constituendae gratia[1705]), und ein anderes SC. zur hereditatis aditio[1706]). Wegen des Wegfalles der Geschlechtstutel im Justinianeischen Rechte haben die Compilatoren anstatt des Tutors dotis causa einen Curator, nämlich einen ordentlichen, aber speciellen und nothwendigen curator minoris genannt, bei der tutela ad hereditatem aber den Geschlechtstutor in einen Pupillentutor verwandelt. War hingegen der unmündige gesetzliche Tutor Pupillentutor, so wurde wohl nur nach der Praxis dem Pupillen ein Interimstutor oder Curator[1707]) bestellt, dessen Amt mit der Pubertät des legitimus tutor immer aufhörte[1708]). Seit Justinian das zur Vormundschaft erforderliche Alter auf 25 Jahre erhöht hat, dauert die interimistische Tutel oder Curatel bis zu diesem Alter fort; mit dessen Eintritt hört sie auf und der legitimus tutor tritt ein. 2) Abwesenheit des ordentlichen Tutors. Abwesend ist nach der Bemerkung Ulpian's Jeder, welcher an dem Orte, wo er erbeten wurde, nicht gegenwärtig ist. Derjenige, welcher in feindliche Gefangenschaft gerathen ist, gilt aber nicht als abwesend, sondern als einstweilen bürgerlich todt, daher ihm schon nach der lex Atilia ein Tutor substituirt werden kann[1709]). In einem solchen Falle wurde nun nach älterem Rechte kein Interimsvormund bestellt. In einem besonders dringenden Falle, nämlich wenn die Frau oder der Pupill während der Abwesenheit oder Gefangenschaft des Tutors bestohlen wurde, erlaubte daher eine lex Hostilia Jedem, im Namen der Frau oder des Pupillen die legis actio furti anzustellen. Zur Zeit der Kaiser gestattete aber zuerst für den Fall der Abwesenheit des Geschlechtstutors ein Senatusconsult der Frau, ohne Rücksicht auf kürzere oder längere Dauer der Entfernung, anstatt des Abwesenden sich einen anderen Tutor von der Obrigkeit zu erbitten,

1701) L. 10. §. 7. D. 27. 1.
1702) Ulp. XI. 20. Inscr. L. 7. D. 26. 5.
1703) Gai. I. 177—179. Ulp. XI. 20. 22.
1704) L. 7. D. 26. 5.
1705) L. 60. 61. D. 23. 3.
1706) Gai. I. 177. L. 9. D. 26. 5. In letzterer Stelle hat statt impuberi ursprünglich mulieri gestanden.
1707) L. 9. §. 1. D. 27. 3. L. 10. §. 7. D. 27. 1.
1708) Gai. I. 157. L. 3. C. V. 28. L. 9. §. 1. D. 27. 3. L. 4. 8. D. 26. 4. L. 16. §. 1. D. 26. 1. L. 10. §. 7. D. 27. 1.
1709) Ulp. lib. 8. de omnibus tribunalibus (also bei Gelegenheit der tutoris datio, cf. L. 6. 8. D. 26. 5.) L. 199. D. 50. 16.

durch dessen Bestellung die Tutel des ersteren aufhören soll. Nur wenn der Geschlechtstutor legitimus, d. h. Patron und, wie die Interpretation beifügt, parens ist, darf die Frau nur zur dotis constitutio (ad nuptias contrahendas) und zur hereditatis aditio sich einen Specialtutor erbitten, durch dessen Bestellung aber die Tutel des ordentlichen gesetzlichen Tutors nicht aufhören soll[1710]. Aber auch wenn ein Pupillentutor nach Uebernahme der Tutel in Staatsgeschäften verreist oder verwiesen wird, kann ein Tutor, ein Curator oder Actor auf Bitte des ordentlichen Tutors bestellt werden[1711]. Dessen Bestellung geschieht aber nicht blos ad certam rem, sondern in omnem rem[1712]. Durch dessen Anstellung hört die Tutel des ordentlichen Tutors auf, sobald dieser ad tempus oder in perpetuum excusirt und zugleich ihm ein tutor substituirt wird[1713]; es entsteht daher dann auch actio tutelae gegen ihn[1713a]. Wird er aber nicht excusirt oder nur ein Curator oder Actor anstatt seiner ernannt, so erlischt seine Tutel nicht; er kann mithin auch nicht tutelae belangt werden[1714]. Die Vormundschaft des substituirten Tutors ist aber immer nur eine interimistische. Kommt also der ordentliche Tutor nicht zurück, so bleibt jener zwar bis zur Pubertät und es bedarf nicht etwa nach dem Tode des ersteren der Erbittung eines zweiten Interimsvormundes[1715]; kommt er aber wieder, so tritt seine Tutel wieder ein und die des interimistischen Tutors hört auf, so daß dieser nunmehr tutelae belangt werden kann[1716]. Aehnliche Grundsätze finden Anwendung, wenn der Pupillentutor schon bei der Delation der Tutel abwesend war. Auch hier wird ein temporarius tutor nach einem Rescript von Antoninus Pius bestellt, dessen Tutel aber mit jenes Rückkehr aufhört[1717]. 3) Wahnsinn, Taubheit und Stummheit des ordentlichen Tutors. Taube und Stumme können im Testamente nicht giltig ernannt werden und die Ernennung Wahnsinniger im Testamente ist nur als eine stillschweigend durch ihre Genesung bedingte zu betrachten. In beiden Fällen ist also schon nach der lex Atilia u. s. f. tutoris datio begründet[1718]. Durch späteren Wahnsinn oder Taubheit oder Stummheit wird jedoch die einmal begründete Tutel nicht ipso iure aufgehoben; auch kann der Kranke

1710) Gai. I. 173—176. Ulp. XI. 22. L. 7. 9. D. 26. 5.

1711) Von einem Tutor sprechen L. 9. pr. D. 27. 3. L. 3. §. 10. D. 26. 10.; von einem Curator §. 2. Inst. I. 25. L. 15. 16. D. 26. 5.; von einem Actor L. 39. §. 7. D. 26. 7.

1712) L. 15. D. 26. 5.

1713) L. 9. pr. D. 27. 3. Gai. I. 182. Ulp. XI. 23. L. 14. §. 4. D. 46. 3.

1713a) L. 9. pr. D. 27. 3.

1714) §. 2. Inst. I. 25. L. 28. §. 2. L. 29. D. 27. 1. L. 15. 16. D. 26. 5. L. 39. §. 7. D. 26. 7.

1715) L. 12. D. 26. 1.

1716) L. 9. pr. D. 27. 3.

1717) L. 1. C. V. 36.

1718) L. 1. §. 2. 3. L. 11. D. 26. 1. L. 10. §. 1. 11. D. 26. 4. L. 10. §. 3. D. 26. 2.

legitimus tutor oder curator sein[1719]); da er indessen zur Verwaltung in diesem Zustande unfähig ist[1720]), so kann nach mehreren Senatusconsulten die Obrigkeit in diesen Fällen interimistische Vormünder bestellen[1721]). Ist indessen der ordentliche Vormund gesetzlicher Geschlechtstutor, so darf dieses nur dotis constituendae causa geschehen[1722]); auch erlischt dann seine Tutel, wenn er der Patron oder dessen Sohn ist, nicht durch Anstellung des neuen Tutors; ist er dagegen Pupillentutor oder Curator, so wird er nach einem Rescripte von Sept. Severus und Antoninus Caracalla bald auf immer, bald auf Zeit excusirt; ist letzteres, z. B. bei dem Wahnsinn, der Fall, dann wird nur ein interimistischer Curator bestellt und die Tutel dauert fort; ist ersteres der Fall, so wird auch ein Tutor gegeben, wodurch die erste Tutel aufhört[1723]). 4) Excusation des ordentlichen Tutors. Ist der ordentliche Tutor eines pupillus oder einer pupilla aus einem gesetzlichen Grunde excusirt, so gestattet ein Senatusconsult die Ernennung eines anderen Tutors an seiner Statt und die Anstellung dieses anderen Tutors soll das Erlöschen der ersten Tutel zur Folge haben[1724]). Auch ist dem Magistrat die Ernennung von Curatoren in solchen Fällen nachgelassen, da die tutoris datio auch die curatoris datio als das geringere Recht mit umfaßt[1725]). Doch erlischt dann die Tutel des ordentlichen Tutors nicht, wie bereits vorher bei der Excusation wegen Abwesenheit gezeigt worden ist, und deshalb ist, namentlich für den Fall der Excusation des Tutors nur auf eine gewisse Zeit, blos die Beiordnung eines Curators gewöhnlich[1726]). Gleichgiltig ist, ob der excusirte oder removirte Tutur noch Contutoren hatte oder nicht[1727]). 5) Nach Analogie des vorigen Falles hat die Praxis bei den Römern auch bei anderen Verhinderungen des ordentlichen Tutors Ernennung außerordentlicher Gehilfen desselben (Tutoren, Curatoren, Actoren u. s. f.) verstattet. Dadurch erlischt aber die Tutel des ersteren nicht, selbst wenn diese Gehilfen Tutoren sein sollten[1728]). Fälle dieser Art sind folgende: a) Tod und capitis demi-

1719) Gai. I. 180. 181. Ulp. XI. 21. L. 13. D. 27. 10. L. 10. §. 1. L. 11. D. 26. 4. „Surdus et mutus nec legitimi tutores esse possunt" geht, wie Rudorff §. 55, N. 25, Bd. 1, S. 402 mit Recht bemerkt, nicht auf das ius tutelae, sondern auf die administratio tutelae. Vgl. L. un. C. V. 67. Vat. Fragm. §. 238. Dies übersieht Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 1, S. 899, Nr. 5.

1720) L. 17. D. 26. 1. Vat. Fragm. §. 238.

1721) Gai. I. 180. Ulp. XI. 21. L. 7. D. 26. 5.

1722) Gai. I. 181.

1723) L. 10. §. 8. L. 11. 12. D. 27. 1.

1724) Gai. I. 182. Ulp. XI. 23. L. 4. C. V. 36. L. 11. §. 1—3. D. 26. 2. Vat. Fragm. §. 228.

1725) L. 2. C. V. 36. L. 28. §. 2. C. V. 37.

1726) §. 5. Inst. I. 23. L. 9. D. 26. 10. L. 9. §. 5. D. 27. 3. §. 2. Inst. I. 26.

1727) L. 2. C. V. 36.

1728) Vat. Fragm. §. 147. L. 21. §. 4. D. 27. 1. L. 32. §. 7. D. 26. 7.

nutio Eines oder mehrerer Tutoren, wenn die übrigen nicht ausreichen[1729]; b) während der Appellation gegen die datio oder der Verhandlungen über die Excusation soll nach einem Rescripte von Antoninus Pius ein temporarius tutor angestellt werden; es kann dies jedoch auch ein Curator sein, wenn nicht gerade auctoritas nothwendig ist[1730]; c) wird der Tutor exilirt oder relegirt, so wird dadurch keine Excusation begründet[1731], doch ist auch hier die Zuordnung eines interimistischen Tutors, Curators oder Actors zulässig[1732]; d) wegen Alters oder Krankheit des Tutors kann ihm ein Curator (sog. Administrator) beigeordnet werden[1733]; e) ist das Vermögen zu weit entfernt, namentlich (nach den Vaticanischen Fragmenten) über 200 römische Meilen von Rom, und der Tutor ist Senator, so giebt ihm nach einem Rescripte von Sept. Severus und Antoninus Caracalla der Prätor römische Ritter als Gehilfen, deren Bestellung auch als Tutoren doch die Tutel des ersteren nicht aufhebt[1734]; von Justinian ist die Entfernung auf 100 Meilen herabgesetzt, in dieser Ausdehnung aber die Excusation auch solchen, welche nicht Senatoren sind, gelassen worden[1735]; f) ist das Vermögen an mehreren Orten zerstreut, so können ebenfalls dem Tutor, welcher es nicht allein verwalten kann, Gehilfen beigegeben werden[1736]; g) erhält das Vermögen eine Vermehrung (augmentum), so wird für diesen Zuwachs ein neuer Tutor oder Curator bestellt, wodurch aber der ordentliche seine Vormundschaft ebenfalls nicht verliert[1737]; was selbst dann geschieht, wenn die in diesem Falle begründete Excusation nicht durchgegangen ist. 6) Absetzung des ordentlichen Tutors. Ist der Tutor eines pupillus oder einer pupilla als suspect von der Tutel removirt worden, dann erlaubt das bereits bei der Excusation genannte Senatusconsult der Obrigkeit die Ernennung eines zweiten Tutors an seiner Statt, durch dessen Anstellung die Tutel des ersteren aufhören soll[1738]. Auch hier steht es indessen der Obrigkeit frei, namentlich zur Schonung des Rufes des abgesetzten Tutors, einen bloßen Curator zu ernennen, welchenfalls dann jener nicht das ius tutelae, sondern nur die administratio tutelae verliert. Auch bei der Cura, z. B. bei der cura furiosi, wird im Falle der Remotion ein neuer Curator bestellt[1739]. 7) Nach Analogie dieses Falles ist auch schon

---

1729) L. 11. §. 3. 4. D. 26. 2. L. 4. C. V. 36. L. 2. C. V. 42. L. 46. §. 6. D. 26. 7.

1730) L. 2. D. 26. 5. L. 17. §. 1. D. 49. 1. Cf. L. 21. §. 2. D. 49. 1.

1731) L. 28. §. 2. L. 29. D. 27. 1.

1732) L. 32. §. 7. D. 26. 7. L. 3. C. V. 31. L. 14. §. 3. D. 46. 3.

1733) L. 13. pr. D. 26. 1.

1734) Vat. Fragm. §. 147. vgl. mit L. 21. §. 3. D. 27. 1.

1735) L. 21. §. 2. D. 27. 1.

1736) L. 3. C. V. 36.

1737) L. 5. C. V. 36. L. 9. §. 9. L. 39. §. 7. D. 26. 7. L. 11. C. V. 62.

1738) Gai. I. 182. Ulp. XI. 23.

1739) L. 7. §. 10. C. V. 70.

während der cognitio suspecti[1740]), ferner im Falle der Armuth des Tutors[1741]) und in ähnlichen Fällen die Beiordnung eines Curators zulässig, wodurch dann aber die Tutel des ersten ebenfalls nicht erlischt.

DD. Verfahren bei der Bestellung. 1) Petitio[1742]). a) Recht zur petitio (petitio voluntaria). Sowie der römische Magistrat keine Art von Rechtshilfe oder Rechtswohlthat von Amtswegen ertheilt, vielmehr jedes Judicium, Interdict, Stipulation, Exception, Restitution, bonorum possessio, endlich jede Cognition postulirt werden muß, so werden auch Tutoren und Curatoren vom Magistrat ohne vorhergegangene petitio oder postulatio nicht bestellt. Das poscere, petere, postulare tutores vel curatores enthält eine Anwendung des allgemeinen Begriffes des Postulirens auf Vormünder und bezeichnet die dem Magistrate vorgetragene Bitte um Bestellung eines mehr oder weniger bestimmt bezeichneten Vormundes[1743]). Die Personen, welche entweder selbst oder durch Bevollmächtigte diese tutoris oder curatoris petitio anzubringen befugt sind, sind bei den verschiedenen Vormundschaften verschieden. 1) In den Fällen, wo der Pflegebefohlene selbst zu wollen und zu handeln fähig ist, ist in der Regel nur er allein, mithin ein Anderer nur in seinem Auftrage zur Erbittung der Vormünder befugt. Diese Fälle sind folgende: a) Tutela muliebris. Sämmtliche Geschlechtstutoren konnten von jeher nur von der schutzbedürftigen Frau selbst oder durch ihre Bevollmächtigten erbeten werden, da sie zum Postuliren in eigenen Angelegenheiten fähig ist. Schon die lex Atilia, Iulia et Titia sprechen immer von einem sibi petere[1744]), und ebenso die lex Iulia de maritandis ordinibus[1745]) und die verschiedenen Senatusconsulte[1746]). Obwohl über prätorische Tutoren ein ausdrückliches Zeugniß fehlt, so darf doch, da hier sogar der Pupill selbst die petitio vornehmen muß, dies unbedenklich auch bei Frauen angenommen werden[1747]). b) Cura minorum. Ueber die petitio bei dieser ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[1748]). 2) Ist nun aber der Pflegling selbst nicht im Stande, sich einen Vormund zu erbitten, dann ist die Erbittung desselben eine causa popularis, indem es theils öffentliches Amt ist, zu welchem der Vormund angehalten werden soll, theils aber öfter auch in Privatsachen eine öffentliche Klage verstattet wird, sobald der zunächst Betheiligte nicht im Stande ist, sein

1740) L. 7. C. V. 43.
1741) L. 6. C. V. 43.
1742) Dig. Lib. 26. Tit. 6. Qui petant tutores et ubi petantur. Theod. Cod. Lib. III. Tit. 18. Qui petant. Cod. Lib. V. Tit. 31. Qui petant tutores vel curatores.
1743) L. 2. D. 27. 7.
1744) Liv. 39. 9.
1745) Gai. I. 178.
1746) Gai. I. 173. 174. 176. 180. 182.
1747) L. 3. §. 2. D. 26. 1.
1748) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 147 flg.

Interesse wahrzunehmen, z. B. bei der Absetzung eines verdächtigen Vormundes. Hierher gehören nun folgende Vormundschaften: a) Tutela pupilli. Dem Pupillen selbst ist nämlich nicht zuzumuthen, daß er sich einen Tutor oder Curator erbitten soll [1749]. Dieser Grundsatz gilt sowohl von den ordentlichen als auch den außerordentlichen Tutoren und Curatoren [1750]) eines Pupillen, z. B. den Vormündern, welche an die Stelle eines excusirten oder removirten Tutors [1751]) nach dem Senatusconsult erbeten oder nach der Praxis bei Verhinderung oder Untüchtigkeit der ordentlichen Tutoren beigeordnet werden können [1752]). Nur bei tutores praetorii wird in den Digesten eigene Erbittung von Seiten des Pupillen gefordert; die spätere Praxis hat indessen auch auf tutores und curatores ad litem die Regel mit bezogen. b) Cura ventris et bonorum, pupilli, furiosi, prodigi und ab hostibus capti [1753]). In diesen Fällen nun gilt in Ansehung der Berechtigung zur Erbittung ganz das Recht der publica oder popularia iudicia. Jeder aus dem Volke ist also zur Erbittung von Tutoren oder Curatoren hinlänglich legitimirt, und es sind nur Beispiele und Anwendungen dieses Satzes, wenn Kinder, Cognaten, Affinen, Freigelassene, Freunde der beiden Eltern, Erzieher, Vormünder und Gläubiger des Pfleglinges als einen Vormund Erbittende in den Quellen sich genannt finden. Freilich muß der Analogie nach der Erbitter die zu öffentlichen Klagen erforderliche persönliche Legitimation haben, d. h. er darf in der Regel kein Pupill und keine Frauensperson sein, weil diese nur in ihren eigenen, nicht in öffentlichen Angelegenheiten vor Gericht aufzutreten fähig sind. Eine Ausnahme findet statt, wenn die Frauen Cognaten oder Affinen oder sonst nahe Angehörige des Pflegebefohlenen sind. Ueber die Rangordnung mehrerer Berechtigten entscheidet das auch in den Divinationen über öffentliche Anklagen geltende Princip, nämlich die größere Nähe zum Pfleglinge [1754]). Uebrigens dürfen sämmtliche zur petitio berufenen Personen nach einer Constitution von Sept. Severus die auf die petitio verwendeten Kosten von den Pflegebefohlenen nicht wieder fordern, weil ihnen, sofern sie aus Liebe und Pietät handeln, der animus negotia gerendi fehlt und außerdem das negotium gewissermaßen ihre eigene Angelegenheit ist [1755]).

b) Pflicht zur petitio. Gewisse Personen sind zur petitio nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet (sog. petitio tutorem et curatorem necessaria). Die darüber geltenden Grundsätze sind folgende:

1749) L. 2. D. 26. 1.
1750) Ueber letztere insbesondre vgl. L. 2. §. 29. D. 38. 17. L. 1. D. 26. 6.
1751) L. 2. §. 38. 39. D. 38. 17. L. 2. §. 1. D. 26. 6. L. 9. C. V. 31.
1752) L. 2. §. 41. 42. D. 38. 17. L. 4. §. 2. 4. D. 26. 6.
1753) Vgl. den Artikel Cura a. a. O. S. 147 und N. 128 dazu.
1754) Siehe den Artikel Cura a. a. O. S. 148.
1755) L. 44. D. 3. 5., die angeführte Constitution ist L. 1. C. de negot. gest. (II. 18. (19.))

1) Vormünder des Pfleglinges und deren Erben haben die Verpflichtung, selbst oder durch Interpellation der näheren Cognaten des Pfleglinges für die Erbittung eines Vormundes zu sorgen, sobald der Tod oder Ausfall eines solchen die Ernennung eines neuen an dessen Stelle nothwendig macht. Im Falle der Unterlassung findet die actio tutelae oder negotiorum gegen sie statt, auf Ersatz alles Schadens, welchen der Pflegling durch diese Zögerung erlitten hat, unter anderen auf die Zinsen der Gelder, welche bis zur Anordnung eines neuen Curators unverliehen da gelegen haben[1756]. Excusirte Vormünder haben jedoch die Pflicht zur petitio nicht[1757]. 2) Freigelassene des Vaters des Pflegebefohlenen sind zur Erbittung eines Tutors für letzteren verpflichtet; widrigenfalls unterliegen sie der Strafe der Vernachlässigung des obsequium[1758], welches sie ja auch den Erben des Patrons schuldig sind[1759]; eine Strafe, welche in einer Züchtigung, nach neuerem Rechte sogar in einer revocatio in servitutem bestehen kann[1760]. 3) Cognaten des Pfleglinges, welche ihm keinen Vormund erbitten, handeln inofficiös oder unverwandtschaftlich; eine weitere Strafe traf sie nicht. Später suchte man durch Strafen zu erzwingen, was sonst gewiß häufig vernachlässigt worden wäre. Hierauf beziehen sich nun folgende Gesetze: a) Die Mutter soll nach einer epistola des Sept. Severus an den Cuspius Rufinus, Tutelarprätor in Rom[1761], wenn sie ihren Söhnen keine tüchtigen Tutoren erbittet oder im Falle der Excusation oder Remotion der ersten ordentlichen Vormünder nicht gleich andere in Vorschlag bringt, nicht das Recht haben, die Intestaterbschaft ihrer Söhne sich zu vindiciren[1762]. Ein Commentar über die ganze Constitution von Ulpian[1763] und über einzelne Worte derselben von Tryphoninus[1764] hat sich in den Digesten erhalten. Hiernach ist die Petitionspflicht in folgender Weise näher bestimmt, welche Bestimmungen jedoch durch spätere Constitutionen noch vielfach modificirt worden sind. Verpflichtet zur Erbittung ist die Mutter für ihre Kinder. In der epistola Severi sind in dieser Beziehung filii genannt; durch die Interpretation ist die Verpflichtung auch auf Kinder und Enkel bezogen worden[1765].

1756) L. 7. §. 13. D. 26. 7.

1757) L. 2. §. 6. D. 26. 6.

1758) L. 2. §. 1. D. 26. 6.

1759) L. 2. §. 1. D. 26. 6. L. 2. C. V. 31.

1760) L. 6. §. 1. D. 25. 3. L. 2. 12. C. VI. 3. L. 21. pr. D. 4. 2. L. 30. C. VII. 16. L. 23. C. VI. 7.

1761) L. 2. §. 23. D. 38. 17. Im §. 24 derselben Stelle wird zwar ein Senatusconsult als Quelle genannt; allein nach dem Vorschlage von Cujacius ist statt „in Senatusconsultum" vielmehr „in sententiam constitutionis" zu lesen, woraus jene Lesart wahrscheinlich schon früh durch einen Schreibfehler entstanden ist. Den Beweis enthält L. 2. §. 2. D. 26. 6.

1762) L. 2. §. 2. D. 26. 6.

1763) L. 2. §. 23—47. L. 3. D. 38. 17.

1764) L. 4. D. 38. 17.

1765) L. 2. §. 28. D. 38. 17.

Die Verordnung Sever's meint gewiß nur eheliche Kinder; eine Constitution von Zeno von 479 hingegen befiehlt auch für im Concubinat erzeugte Söhne (naturales filii) Tutoren zu erbitten [1766]. Die von der Mutter zu erbittenden Vormünder sind nach der Constitution von Severus Pupillentutoren. Die Interpretation hat aber die petitio necessaria auch auf curatores pupillorum, ventris et bonorum, furiosi, prodigi und auf Curatoren gefangener Pupillen erstreckt [1767], da die sententia constitutionis offenbar auf alle Fälle geht, wo der Pflegling selbst zu handeln außer Stande ist. Auf die cura minorum ist die Constitution ebensowenig bezogen worden, als auf Geschlechtstutoren. Die Voraussetzungen der petitio necessaria sind nach den Worten der Constitution: Nichtvorhandensein eines Vormundes [1768] oder Excusation oder Rejection der früher erbetenen Vormünder. Rejection ist theils Verwerfung der vorgeschlagenen nomina, theils Absetzung als suspect, theils Zurückweisung wegen Nachlässigkeit und Faulheit [1769]. Allein da der Sinn der Constitution offenbar eine vollständig ausreichende Vertretung des Pupillen verlangt, so wird von der Mutter gefordert, daß sie nicht blos, wenn alle, sondern auch dann, wenn einige Vormünder excusirt oder removirt [1770], oder, wenn die Vormünder gestorben sind [1771], an deren Stelle andere erbitte, sobald dadurch eine Lücke in der Verwaltung und Vertretung entstehen würde; ebenso daß sie auch dann, wenn der Vormund nicht excusirt oder förmlich rejicirt, sondern ihm nur ein Curator beigeordnet werden soll, einen Curator erbitte [1772]. Eben darauf beruht die Pflicht einer Mutter, welche selbst Vormünderin ist, im Falle der vorhabenden Wiederverehelichung an ihrer eigenen Stelle Vormünder zu erbitten [1773]. Während aber nach dieser Seite durch die Interpretation die Constitution ausgedehnt worden ist, hat man auf der anderen Seite ihrem Zwecke nach die Worte derselben auch eingeschränkt. Denn wenn die Mutter ihren Kindern neue Vormünder deshalb zu erbitten unterläßt, weil ungeachtet der Excusation, Remotion oder des Todes Einiger, doch noch genug Vormünder zur Administration vorhanden sind, so ist sie zwar nach den Worten der Constitution straffällig, nach deren Geiste aber hinreichend entschuldigt [1774]. Von der Mutter wird nach den Worten der Constitution verlangt, sie soll petere tutores oder nomina tutorum edere. Die Interpretation aber verlangt nach dem Geiste der Constitution auch Sorge für den Betrieb der Geschäfte durch die Vormünder. Sie muß daher,

1766) L. 11. C. V. 31.
1767) L. 2. §. 29—31. D. 38. 17. L. 12. §. 2. D. 26. 5.
1768) L. 9. C. V. 31.
1769) L. 2. §. 41. D. 38. 17.
1770) L. 2. §. 39. D. 38. 17.
1771) L. 2 §. 40. D. eod. L. 46. §. 6. D. 26. 7. L. 3. C. V. 31.
1772) L. 4. §. 2. D. 26. 6.
1773) Nov. Theod. II. Tit. 11. §. 2. i. c. L. 6. C. VI. 56.
1774) L. 4. §. 1. D. 26. 6.

wenn sich die Vormünder der Verwaltung nicht unterziehen, dieselben durch den Prätor dazu antreiben lassen[1775]; namentlich muß nach einer Justinianeischen Verordnung die Mutter sowie auch die sonst zur petitio Verpflichteten den Vormund zur defensio des Pflegebefohlenen anhalten, und wenn sie wegen Verweigerung der Uebernahme derselben removirt werden, neue Vormünder vorschlagen, welche in dem Protocoll über ihre Bestellung sich ausdrücklich zur Uebernahme der defensio bereit erklären[1776]. Dagegen verlangt man von der Mutter nicht, daß sie auf Absetzung des Vormundes dringe, weil die Beurtheilung der Handlungsweise des Tutors einen männlichen Geist erfordert, weshalb man ja auch bei einer von ihr ausgegangenen testamentarischen Bestellung von Tutoren für ihre Kinder immer noch eine obrigkeitliche Untersuchung über deren Tüchtigkeit für nothwendig hält[1777]. Deshalb hat auch die Mutter nicht schon dann, wenn der Vormund sich böslich verbirgt, einen neuen Vormund zu erbitten; denn kann sie gleich auf öffentliche Vorladung und Absetzung desselben dringen, so ist sie doch nicht dazu verbunden; vielmehr tritt ihre Pflicht erst dann ein, wenn der Vormund durch einen Anderen angeklagt und wirklich außer Thätigkeit gesetzt ist. Die Pflicht der Mutter zur petitio ist in Ansehung der Personen, des Ortes und der Zeit in folgender Weise noch näher bestimmt. Was die Person des Vormundes betrifft, so kann dieselbe vom Vater in einem unvollkommenen letzten Willen bereits bezeichnet sein; dann beschränkt sich die Pflicht der Mutter auf das Gesuch um Confirmation desselben[1778]; ist dies nicht geschehen, dann hat die Mutter eine oder mehrere Personen der Behörde vorzuschlagen und um die Bestellung oder Auswahl darunter anzusuchen (nomina dare, nominare tutores). Die von der Mutter vorgeschlagenen Vormünder müssen aber auch idonei sein. Daher darf sie nicht leichtsinnig und ohne Ueberlegung, nur um sich ihrer Pflicht möglichst schnell zu entledigen (defunctorie, ὁσίας χάριν) Vormünder erbitten[1779]. Dazu würde zunächst zu rechnen sein, wenn sie Vormünder vorschlägt, welche Excusationen haben; machen sie von diesen keinen Gebrauch, so ist sie freilich ihrer Pflicht ledig[1780]; excusiren sich dieselben aber, so muß die Mutter nicht nur sofort andere vorschlagen, sondern wird auch bestraft, wenn sie absichtlich Befreite vorgeschlagen hat[1781]. Auch würde hierher der Vorschlag unwürdiger untauglicher

---

1775) L. 2. §. 42. D. 38. 17.

1776) L. 28. §. 2. 4. C. V. 37. Gesta Reat. p. 123.

1777) L. 4. §. 4. D. 26. 6.

1778) L. 4. pr. D. 26. 6.

1779) L. 2. §. 1. D. 26. 6. L. 2. §. 32. D. 38. 17. Die Bedeutung der Ausdrücke ὁσίας χάριν in der ersten Stelle, wo Burgundio ganz sinnlos puritatis gratia übersetzt und defunctorie in der zweiten Stelle erklärt Salmasius, Observ. et Emendat. ad ius Att. et Rom. pertin. (Lugd. Bat. 1645.) cap. XVII. p. 377 sq.

1780) L. 2. §. 33. D. 38. 17.

1781) L. 2. §. 32. D. eod.

Personen gehören. Hier ist die Strafe aber noch strenger als im vorigen Falle; denn selbst wenn die Obrigkeit diese Personen wirklich aus Irrthum oder Nachlässigkeit zu Vormündern bestellte, würde die Mutter wenigstens im Falle des Dolus keine Verzeihung finden [1782]), obschon auch die Obrigkeit durch die Bestellung unrecht gehandelt hat. Vermögende Personen, welche die Mutter vorgeschlagen hat, passiren ihr für idonei, wenn sich auch gegen ihren Charakter manches einwenden ließe [1783]). Als Behörde, bei welcher die petitio anzubringen ist, wird in der Constitution nur der Prätor in Rom genannt; allein auch bei den Municipalmagistraten und den Provinzialstatthaltern ist die petitio eine nothwendige [1784]). Die Zeit der Erbittung wird in der Constitution nur in dem Falle, wo früher angestellte Vormünder excusirt oder removirt sind, dahin bestimmt, daß die Erbittung „confestim“ oder, wie Justinian sagt, „continuo“ [1785]) erfolgen soll. Die Mutter ist also straffällig, wenn sie sich von den Cognaten oder Freigelassenen erst zwingen läßt oder diese ihr zuvorkommen [1786]). Der Sinn ist der, daß die Mutter in allen Fällen bald möglichst ihre Eingabe zu machen habe, d. h. in der nächsten Session des Prätors [1787]), in welcher Petitionen von Vormündern angenommen werden [1788]). Steht der Mutter ein genügender Entschuldigungsgrund zur Seite, so ist ihr auch eine längere Zögerung unschädlich, selbst wenn unterdessen der Pupill gestorben oder Andere ihr mit der petitio zuvorgekommen wären [1789]), wenn sie nur nicht über ein Jahr wartet [1790]). Als genügende Entschuldigung gilt z. B. factischer Irrthum, Tod des abgesendeten Stellvertreters, Abwesenheit, Krankheit, Minderjährigkeit [1791]) u. s. w. freilich unter der Voraussetzung, daß der Mutter nicht einmal das Anbringen des Gesuches durch einen Procurator möglich war [1792]). Die Strafen, welche die Mutter treffen, wenn sie diese ihre Pflichten nicht erfüllt, sind folgende [1793]). Nach der Constitution des Sept. Severus selbst soll sie das ius vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum verlieren [1794]), d. h. sie darf das aus dem SC. Tertullianum ihr vor den übri-

---

1782) L. 2. §. 32—34. D. eod. L. 2. §. 1. D. 26. 6.
1783) L. 2. §. 37. D. 38. 17.
1784) L. 2. §. 23. D. eod. L. un. C. V. 32. L. 46. §. 6. D. 26. 7.
1785) L. 28. §. 2. C. VI. 37.
1786) L. 2. §. 24. D. 38. 17.
1787) L. 2. §. 43. D. eod.
1788) Vat. Fragm. §. 161. 163. 165. Es kamen nämlich an den verschiedenen Sessionstagen verschiedene Gegenstände vor. L. 2. §. 1. 2. D. 38. 15.
1789) L. 2. §. 24. 27. 43. D. 38. 17.
1790) L. 2. §. 43. D. eod. §. 6. Inst. III. 3.
1791) L. 8. C. V. 31.
1792) L. 2. §. 24. 27. 43. D. 38. 17. Rechtsirrthum entschuldigt nicht. L. 11. C. V. 31.
1793) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 148 flg.
1794) L. 2. §. 1. 2. D. 26. 6.

gen Agnaten zustehende Intestaterbrecht nicht geltend machen, indem sie, wenn sie mit der hereditatis petitio intestati klagt, mit einer praescriptio non petiti tutoris, welche der iudex sofort vor der Untersuchung der Hauptsache zu instruiren hat, zurückgewiesen [1795]), oder, wenn diese liquid ist, die Erbschaftsklagen verweigert werden [1796]). Die Folge ist aber nicht, daß die Erbschaft caducum würde, sondern es wird nach einem Rescripte von Sept. Severus und Caracalla die Mutter als gar nicht vorhanden betrachtet, mithin demjenigen die Erbschaft deferirt, welcher berufen würde, wenn die Mutter gar nicht lebte. Erst in Ermangelung aller Erben wird die Erbschaft bonum vacans und fällt an den Fiscus. Dagegen verlor sie die Ansprüche, welche ihr aus einem letzten Willen des Vaters auf die Erbschaft des Sohnes zustehen, ursprünglich nicht. Hat ihr also der Vater die Erbschaft desselben durch ein Universalfideicommiß unter der Bedingung, daß er ohne Kinder, oder selbst unter der Bedingung, daß er intestatus sterben würde, vermacht, so verliert sie die fideicommissi petitio doch nicht, theils weil in der Constitution nur von vindicatio, nicht von einer petitio die Rede war, theils weil dieser ihr Anspruch nicht auf der Verwandtschaft, deren Pflichten sie vernachlässigt hat, sondern auf einem fremden letzten Willen beruht. Dasselbe war aus dem letzteren Grunde auch bei einer directen Substitution zu behaupten. In einer von Hänel in einer Pariser Handschrift des Breviarium aufgefundenen Constitution von Valentinian I., Valens und Gratian von 372, welche nach dem Zeugnisse der westgothischen Interpretation im Theodosischen Codex stand und in den stärker epitomirten Handschriften des Breviariums nur deshalb weggelassen worden ist, weil sie durch eine spätere Novelle entbehrlich geworden war, und welche daher von Wenck und dann von Hänel selbst in den Text des Titels jenes Codex: Qui petant, wieder aufgenommen worden ist [1797]), bestraft die Mutter, welche ihren Kindern keinen gesetzlichen Vertreter erbeten hat, mit Infamie, so daß sie weder testiren, noch durch Schenkungen über ihr Vermögen verfügen kann. Durch Theodosius II. und Valentinian III. wurde aber diese Intestabilität als zu hart, sowohl in diesem als in einem anderen gleich nachher zu erwähnenden Falle im J. 439 aufgehoben [1798]) und eine andere allgemeinere Strafe an deren Stelle gesetzt, nämlich die, daß alle zur Succession eines Pupillen berufenen Personen, wenn sie ihm keinen Tutor erbeten haben und er in der Unmündigkeit stirbt, aller Successionsrechte in sein Ver-

1795) L. 3. C. VI. 56.

1796) L. 2. §. 47. D. 38. 17.

1797) L. 2. Th. C. III. 18. ed. Haenel. Sie ist zuerst herausgegeben von Hänel in der Themis ou Bibliothèque du Iurisconsulte T. IV. p. 191. Ueber die weiteren Ausgaben vgl. Hänel zu L. 2. cit. p. 343. Die Stelle der Interpretation, welche oben im Texte erwähnt ist, ist zu Nov. Theod. II. Tit. XI. de tutoribus ad. Haenel.

1798) Nov. Theod. II. Tit. XI. pr.

mögen, nicht blos der gesetzlichen, sondern auch der auf eine Substitution sich gründenden verlustig gehen sollen[1799]). Dieselbe Strafe bezieht das Gesetz auch auf den Fall, wenn eine Mutter selbst die Tutel über ihre Kinder bekleidet, aber sich wieder verehelicht hat, ehe sie denselben einen neuen Tutor erbeten und diesem Rechnung abgelegt hat[1800]); auch ist dann das Vermögen des Stiefvaters den Kindern verpfändet[1801]). Diese Ausschließung von aller Succession in das Vermögen des unmündig verstorbenen Pupillen ist in den Institutionen für die Mutter wiederholt[1802]). Die Strafe fällt ausnahmsweise weg: 1) wenn der Pupill vermögenslos ist, indem es dann keines Tutors bedurfte, die Nichterbittung also der Mutter auch nicht zum Vorwurfe gereichen kann[1803]). Noch weniger ist dies denkbar, wenn der Pupill verschuldet ist; denn es gereicht demselben sogar zum Vortheile, wenn die Mutter ihn selbst indefensus und blos das Vermögen den Gläubigern läßt, welche ihn sonst immer beunruhigen würden[1804]). Eine Anwendung des ersten Satzes findet namentlich dann statt, wenn der Vater seine Frau zur alleinigen Erbin eingesetzt hat, mit dem Ersuchen, die Erbschaft ihrem gemeinschaftlichen Sohne nach erreichter Pubertät zu restituiren, und zwar unter Erlassung der cautio fideicommissorum servandorum nomine. Letzteres ist jedoch wesentlich; denn ist die Caution nicht erlassen, so muß die Mutter ihn schon um dieser willen Tutoren bestellen lassen, weil er nun Vermögen hat, mithin eines Tutors bedarf[1805]). 2) Wenn die Mutter durch die Nichterbittung der Vormünder dem Pupillen einen deren Nachtheile weit überwiegenden Vortheil verschafft; z. B. wenn dem Pupillen ein Legat unter der Bedingung, si tutores non habuerit, hinterlassen war, dann muß der Mutter die Unterlassung der Erbittung verziehen werden; es ist zwar noch der Einwand möglich, daß sie Curatoren hätte erbitten können, da nur Tutoren verboten waren; waren aber auch diese verboten, so wird sie straflos; denn es kann nicht verlangt werden, daß sie sich an den Kaiser um Erlaß der Bedingung wende[1806]). 3) Wenn der Vater die Erbittung verbietet, weil er will, daß die Mutter selbst sich der Vormundschaft unterziehen soll, so ist sie straflos, wenn sie in gesetzlicher Form um dieselbe bei dem Kaiser ersucht und sie dann ordentlich verwaltet[1807]). 4) Ist der Pupill nach erlangter Pubertät gestorben, so soll der Mutter die praescriptio non petiti tutoris nicht mehr entgegen=

1799) Nov. Theod. cit. §. 1. i. e. L. 10. C. VI. 58.
1800) Nov. Theod. cit. §. 2. i. e. L. 6. C. VI. 56.
1801) Nov. Theod. cit. §. 3. i. e. L. 6. C. in quib. caus. pign. (VIII. 14. (15.))
1802) §. 6. Inst. III. 3.
1803) L. 2 §. 26. D. 38. 17.
1804) L. 2 §. 45. D. eod.
1805) L. 2. §. 46. D. eod.
1806) L. 2. §. 44 D. eod.
1807) L. 2. §. 25. D. eod.

stehen[1808]). Der Grund davon liegt nach der richtigen Ansicht darin, daß der Pupill nach erlangter Pubertät testiren, also auch sein Vermögen nach Belieben der Mutter lassen oder entziehen kann, und daß, wenn er nicht testirt hat, anzunehmen ist, er habe sich nicht veranlaßt gefunden, wegen Unterlassung der Erbittung die Mutter zu enterben, zumal da dieses nach der Novelle 115 kein Enterbungsgrund mehr ist. Es fragt sich, ob durch diesen Grundsatz der Novelle auch die Ausschließung von der Intestaterbfolge weggefallen sei. Manche haben dieses angenommen, indem sie von der testamentarischen Erbfolge auf die gesetzliche schließen. Abgesehen davon, daß dies nirgends ausdrücklich gesagt ist, ist jener Schluß von der testamentarischen auf die Intestaterbfolge nicht bündig; denn selbst zugegeben, daß ein Vergehen, welches keine Enterbung begründet, auch nicht von der Intestaterbfolge ausschließen kann, so ist doch der Fall, in welchem die Frage nach der Enterbung vorkommen kann, ganz verschieden von dem, auf welchen die Entziehung der gesetzlichen Erbschaft beschränkt ist. Jene setzt nämlich die Pubertät des Kindes voraus, während diese auf die Unmündigkeit Bezug hat; und wenn das mündige Kind die Mutter wegen unterlassener Erbittung nicht enterben, sondern nur auf den Pflichttheil setzen kann, so folgt noch nicht, daß das Gesetz ihr nun auch die Erbschaft des Unmündigen nicht mehr entziehe[1809]). b) Nach älterem Rechte waren die Großeltern zwar berechtigt, den Pupillen Vormünder zu erbitten, aber nicht verpflichtet. Nur die Großmutter wurde schon durch die Interpretation hierin der Mutter gleichgestellt[1810]). Constantius dehnte aber 357 das Recht der Mutter auf die sämmtlichen Großeltern des Pupillen aus, indem auch diese, wenn ihm testamentarische oder gesetzliche Tutoren mangeln, ihm Tutoren erbitten, und wenn sie dies unterlassen, ihre Erbansprüche ganz so, wie es das ältere Recht verordnet, verlieren sollen[1811]). c) Eine Verordnung von Theodosius III. dehnt die Pflicht zur petitio auf Alle aus, welche den Pupillen ab intestato oder iure substitutionis einmal beerben können, und erklärt dieselben, wenn sie keine Tutoren innerhalb eines Jahres erbeten haben und der Pupill vor der Pubertät stirbt, aller Successionsrechte für verlustig[1812]). Justinian scheint dies zu bestätigen, wenn er neben der Mutter noch gewisse andere Personen als zur Petition verpflichtet bezeichnet[1813]). Unter ihnen ist zuerst der Pupillarsubstitut und dann erst die Anderen nach der Ordnung der Erbfolge verpflichtet[1814]).

1808) §. 6. Inst. III. 3. Das Weitere über diesen Fall siehe im Artikel Cura Bd. III, S. 149.

1809) Glück, Erl. der Pand. Bd. 30, S. 134—138. Rudorff Bd. 1, S. 433 flg.

1810) L. 2. §. 28. D. 38. 17.

1811) L. 1. Th. C. III. 18.

1812) Nov. Theod. II. Tit. XI. §. 1. i. e. L. 10. C. VI. 58.

1813) L. 28. §. 2. C. V. 37.

1814) L. 2. §. 47. D. 38. 17.

c) Form der Erbittung[1815]. 2) Inquisitio. Ist das Gericht um Bestellung eines Tutors oder Curators angegangen worden, so hat es, wenn es dazu befugt, d. h. magistratus maior ist, zuvörderst das eingereichte Gesuch sorgfältig zu prüfen, ehe es zur Bestellung eines Vormundes schreitet. Diese inquisitio oder causae cognitio hat besonders zweierlei zum Gegenstande: 1) die Person des Pflegebefohlenen, indem in dieser Beziehung zu untersuchen ist, ob die gehörigen Bedingungen einer Bevormundung vorliegen oder nicht, namentlich ob derselbe eines Vormundes bedarf und nicht unter häuslicher Gewalt oder schon unter Vormundschaft steht; 2) die Tauglichkeit der Person des Vormundes, wobei es besonders auf die Fähigkeit, die Rechtlichkeit, das Vermögen, die möglichen Excusationen und das Verhältniß des Vormundes zum Pfleglinge ankommt. Das Letztere anlangend, so wurden schon bei den Römern Cognaten, Affinen, Freigelassene, Zunftgenossen und Mitbürger des Pfleglinges oder seiner Eltern vorzugsweise zu Vormündern ausgesucht.

3) Decretum. Der eigentliche Act der Bestellung des Vormundes ist das Decret, welches der Magistrat am Schlusse der Untersuchung ausspricht, gewöhnlich in der Formel: do te tutorem. Da dasselbe eine Willenshandlung ist, so hängt seine Giltigkeit an dem Dasein eines rechtlichen Willens des Magistrates. Es ist daher eine von demselben im Wahnsinne geschehene Bestellung absolut nichtig[1816]. Auch jeder selbst factische Irrthum vernichtet die rechtliche Existenz des Willens[1817]. Ferner muß die Bestellung ohne Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung geschehen; sonst ist sie absolut nichtig[1818]. Dies ist übrigens der obrigkeitlichen tutoris datio eigenthümlich. Freilich darf nicht jede Nebenbestimmung des Decretes sogleich als eine Bedingung betrachtet werden. Hat z. B. der Magistrat einen Tutor bestellt mit der Clausel: tutorem do, si satisdederit, so gilt diese Clausel nicht als eine Bedingung, sondern vielmehr als eine Erinnerung, daß die Verwaltung nur dann eingeräumt werden könne, wenn der Vormund die Caution rem salvam fore leisten werde[1819]. Mit Ausnahme des tutor praetorius ist bei der Bestellung weder Gegenwart und Einwilligung des Tutors noch des Pflegebefohlenen nothwendig[1820]. An einen bestimmten Ort ist die Bestellung nur dann gebunden, wenn sie ex inquisitione erfolgt, indem sie dann pro tribunali geschehen muß[1821]. Auch die Zeit ist gleichgiltig[1822]; namentlich kann wegen der Dringlichkeit der Sache auch an dies nefasti und während der Gerichtsferien ein Vor-

1815) Vgl. darüber den Artikel Cura Bd. III, S. 149, 150.
1816) L. 8. §. 1. D. 26. 5.
1817) Vgl. L. 10. 26. D. 26. 5.
1818) L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 77. D. 50. 17.
1819) L. 6. §. 1. D. 26. 1.
1820) L. 5. 6. D. eod. L. 19. C. V. 37.
1821) L. 7. §. 2. D. 26. 3.
1822) L. 8. §. 2. D. 26. 5.

mund gegeben werden[1823]). Mit der Bestellung selbst werden gewöhnlich zugleich die Beeidigung, die Caution der Vormünder, wo sie nicht erlassen wird, und die Aufnahme des Inventars verbunden oder pflegen doch bald darauf zu folgen[1824]).

B. Heutiges Recht.

Während nach römischem Rechte die Obrigkeit nicht schon von Amtswegen einen Tutor oder Curator zu bestellen hatte, sondern immer erst in Folge besonderer Aufforderung, wurde es dagegen im fränkischen Reiche nach dem früher Bemerkten den öffentlichen Beamten schon früh zur strengen Pflicht gemacht, sich der Witwen und Waisen, überhaupt aller Wehrlosen anzunehmen und ihnen, wenn sie dessen bedürften, von Amtswegen einen Vormund zu setzen. Dieser Grundsatz gilt noch jetzt allgemein in Teutschland und wird in Bezug auf die Bevormundung unmündiger Kinder besonders auf die Reichsgesetzgebung gestützt[1825]). Er ist auch vielfach in der Landesgesetzgebung ausgesprochen. Aus dieser Verpflichtung der obervormundschaftlichen Behörden, den Pupillen und Minderjährigen schon von Amtswegen Vormünder zuzuordnen, wird von Einigen[1826]) die Unanwendbarkeit des römischen Grundsatzes, daß die Mutter und die nächsten Verwandten des Mündels bei Strafe des Verlustes des Erbrechtes demselben Vormünder erbitten müssen, abgeleitet, aber mit Unrecht. Denn wenn auch jene Pflicht zur Erbittung von Vormündern hauptsächlich darin ihren Grund haben mag, daß bei der Größe der Gerichtsbezirke, denen ein römischer Magistrat oder Provinzialstatthalter vorstand, derselbe, auch wenn ihm die Bevormundung von Amtswegen obgelegen hätte, diese Pflicht nur unvollkommen hätte erfüllen können und viele Unmündige unbevormundet geblieben wären, wenn nicht die Mutter und die nächsten Verwandten zur Erbittung verpflichtet gewesen wären, dieser Grund aber bei dem viel geringeren Umfange der Gerichtsbezirke heutzutage nicht mehr zutrifft, so kommt doch dagegen in Betracht, daß, wenn auch die Bevormundung jetzt amtliche Pflicht der Obrigkeit ist, doch aus der dieser auferlegten größeren Verpflichtung nicht folgt, daß andere Personen von der ihrigen dadurch entbunden werden, es vielmehr wesentlich zum Vortheile der Unmündigen gereicht, wenn beide Verpflichtungen neben einander bestehen. Auch haben viele Landesgesetze jene Strafen des römischen Rechtes ausdrücklich bestätigt[1827]). Daher behaupten Viele mit Recht die Anwendbar-

1823) L. 1. §. 2. D. 2. 12.

1824) L. 7. §. 5. 6. C. V. 70. Nov. 72. cap. 8. L. 24. C. V. 37.

1825) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32, §. 1. (v. 1548 Tit. 31, §. 1.)

1826) Ludewig, Differ. iur. Rom. et Germ. in tutela Atil. Diff. X. not. tt. (Opusc. miscella T. II. p. 1194 sq.) v. Lynker, von der Vormundschaftsbestellung Th. 1, Cap. 1, Abschn. 1, §. 14, S. 35 flg.

1827) Nürnberg. Reform. v. 1479 Tit. 18, Ges. 5. Worms. Reform. Th. 1, B. 4, Tit. 6. Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 8, §. 12. Magdeb. Pol.-O. v. 1688 Cap. 43, §. 5. Frankf. Reform. Th. 7, Tit. 2, §. 6. Hamb. Stat. P. 3. Tit. 6, Art. 10. Lüneburg. Reform. Th. 7, Tit. 1, §. 8. (Pufendorf 4. 749.)

keit der römischen Grundsätze, vorausgesetzt, daß die Particularrechte nichts anderes bestimmen. Dies ist aber namentlich dann der Fall, wenn sie besondere, von den römischen abweichende Strafen oder andere Nachtheile auf die Vernachlässigung jener Vorschrift gesetzt haben[1828]). Außer den Personen, welche schon nach römischem Rechte Vormünder zu erbitten haben, ist in den teutschen Particularrechten häufig noch manchen anderen diese Pflicht auferlegt worden, wie den Hausgenossen, Nachbarn, Geistlichen, Gemeindevorstehern, Zunftältesten und anderen Mitbürgern, welche mit dem Vater des Unmündigen in näherer Verbindung gestanden haben[1829]). Auch haben Particularrechte häufig die einjährige, zur Erbittung der Vormünder im römischen Rechte gestattete Frist abgekürzt, oft sehr bedeutend[1830]). — Nach dem römischen Rechte konnten für einen Minderjährigen Andere in der Regel keinen Curator erbitten, erstens, weil es überhaupt in den meisten Fällen in seiner Willkür stand, ob er überhaupt noch einen Curator haben oder ohne einen solchen leben wollte, und zweitens, weil auch in den Fällen, wo er einen Curator haben mußte, nur er selbst regelmäßig zu dessen Erbittung befugt war. Da auch die älteren teutschen Rechtsquellen, welche einen Unterschied zwischen dem zu seinen Jahren und zu seinen Tagen Gekommensein machen, es in die Willkür des zu seinen Jahren gekommenen Knaben stellen, sich einen Vormund zu wählen, und man ihm dieses Wahlrecht dann noch gestattete, als er später, bis er zu seinen Tagen gekommen war, einen Vormund haben mußte, so wäre zu erwarten gewesen, daß wenigstens in diesen Gegenden Teutschlands die römischen Grundsätze Anwendung gefunden hätten. Sie sind allerdings in mehreren teutschen Particularrechten ausdrücklich anerkannt worden. Da aber, dem früher Bemerkten zufolge, nach dem gemeinen in Teutschland geltenden Rechte auch die puberes bis zu ihrer Majorennität einen Vormund haben müssen, so ließ sich die Bestellung eines Vormundes für einen Minderjährigen natürlich nicht blos von seiner Bitte abhängig machen. Ferner ist es, wie später zu zeigen sein wird, in Teutschland Regel, daß die einmal bestehende Vormundschaft durch die Pubertät des

1828) So z. B. Freiburg. Stadtr. III, 1, 13. Lüb. Recht I, 7, 12. Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 2, §. 1. Cod. Maxim. bavar. I. 7. 8. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 93, 94, 97—99, 101, 102, 105. Oesterreich. Gesetzb. §. 189. Hamb. Vorm.=O. v. 1831 Art. 1. N. Beif. z. Goth. Landesordn. Th. 1, S. 32. Altenb. Vorm.=O. §. 1.

1829) Freiburg. Stadtr. III, 1, 14. Frankf. Reform. VII, 2, 17. Solms. Landr. Tit. 21, §. 8. Trier. Landr. 11, 3. Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 8, §. 14. Mainz. Landr. Tit. 5, §. 2. Ulm. Stat. II, 5, 9. Stadt= und Budjadinger Landr. Art. 6. (Pufendorf 4. 600.) Preuß. Landr. II, 18, §. 92—94. Oesterr. Gesetzb. §. 189.

1830) So z. B. das Solms. Landr. Tit. 21, §. 8 auf zwei bis drei Wochen; die Frankf. Reform. VII, 2, 3 und der Cod. Max. bav. I. 7. 8. auf 30 Tage; das Lüb. Recht I, 7, 12. Lüb. Vorm.=O. v. 1820 §. 3. Hamburg. Stat. III, 6, 10 auf drei Monate; die Magdeb. Pol.=O. Cap. 43, §. 5 auf sechs Monate.

Pflegebefohlenen nicht aufgehoben wird, sondern ohne Unterbrechung bis zu seiner Volljährigkeit fortdauert; es kann daher, wenn er schon vor der Pubertät unter Vormundschaft stand, bei deren Eintritt überhaupt nicht von der Bestellung eines neuen Vormundes für ihn die Rede sein. Da endlich heutzutage für einen minor ebensogut wie für einen impubes Anordnung der Vormundschaft durch Vertrag oder Testament zulässig ist, und auch die gesetzliche Vormundschaft jetzt bei dem ersteren ebensogut wie bei dem letzteren eintritt, so kann die Erbittung eines Vormundes für einen minor jetzt überhaupt nur dann vorkommen, wenn er keinen vertragsmäßigen, testamentarischen oder gesetzlichen Vormund hat. Es wird nun zwar in diesem Falle dem Minderjährigen, obschon ihm die Obrigkeit von Amtswegen einen Vormund zu setzen hat, gestattet, derselben hierzu Jemand vorzuschlagen, welchen die Obrigkeit nicht leicht übergehen wird, wenn sie ihn tüchtig findet[1831]; da aber die Minderjährigen hinsichtlich der Nothwendigkeit, einen Vormund zu haben, jetzt dem impuberes ganz gleichstehen, so muß consequenter Weise behauptet werden, daß die zur Erbittung eines Vormundes für impuberes Verpflichteten dieselbe Verpflichtung auch rücksichtlich der Minderjährigen haben. Dagegen fragt sich, ob die Unterlassung der Erbittung eines Vormundes für einen Minderjährigen binnen der gehörigen Zeit auch die im römischen Rechte an die Vernachlässigung der petitio tutoris geknüpfte Strafe des Verlustes des Erbrechtes nach sich zieht. Jene Strafe tritt nun nach dem kurz vorher Bemerkten nach römischem Rechte nur dann ein, wenn derjenige, für welchen ein Tutor zu erbitten war, noch vor Eintritt der Pubertät stirbt, weil er nach Eintritt derselben testiren und den Schuldigen von der Erbschaft ausschließen kann, und wenn er dies nicht thut, Verzeihung angenommen wird. Da nun Minderjährige, obschon sie jetzt stets einen Vormund haben müssen, doch in Teutschland ebensogut testiren können, wie bei den Römern, so ist jene Frage zu verneinen[1832]. — Nach römischem Rechte erhält der Vormund, wenn das Vermögen des Mündels zerstreut oder über 100 römische Meilen von dem Wohnorte des Vormundes entfernt liegt, zur Verwaltung desselben Gehilfen. Nach mehreren Schriftstellern wird heutzutage auf die Entfernung des Vermögens des Mündels keine Rücksicht genommen, sondern verlangt, daß der Vormund auch entfernter liegende Güter, auch wenn sie in einem anderen Staate liegen sollten, verwalte[1833]; ein diesfalls feststehender gemeiner Gerichtsbrauch, wie ihn Kraut annimmt, läßt sich jedoch nicht behaupten, wenigstens in Ansehung des Immobiliarvermögens nicht, welches auswärtigen Unmündigen in einem Staate zusteht, indem hier die Behörde des Staates,

1831) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 346. nr. 2. Glück, Erl. der Pand. Bd. 30, S. 62. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 2, §. 8. Preuß. Landr. II, 18, §. 90.

1832) Stryk, Us. mod. Pand. 26. 6. 4. Kraut Bd. 2, S. 282, 283.

1833) Stryk l. c. 26. 3. 17. Kreittmayr, Anmerk. z. Cod. Max. bavar. Th. 1, Cap. 7, §. 12, Nr. 6.

in dessen Gebiete die Grundstücke liegen, für diese Güter immer einen besonderen Vormund bestellt.

Fünfte Abtheilung. Gewählte Vormünder.

Im römischen Rechte kam eine dem Pflegebefohlenen zustehende Wahl des Vormundes nur bei der Geschlechtstutel vor. Sie ist Folge testamentarischer Anordnung des Ehemannes, welcher seiner in strenger Ehe mit ihm lebenden Ehefrau das Wahlrecht ausdrücklich verstattete (tutoris optio). Inwiefern nach älterem teutschen Rechte diejenigen, welche eines Vormundes bedurften, sich einen solchen wählen konnten, ist bereits früher erwähnt worden (vgl. Abschn. I. Abth. 2. BB. Nr. 2.). Das Recht, sich selbst einen Vormund zu wählen, wurde nach Einführung des römischen Rechtes fast überall, wo die Geschlechtsvormundschaft sich erhalten hatte, den Witwen und oft auch allen unverheuratheten volljährigen Frauenspersonen überhaupt zugestanden[1834]). Ferner legen es mehrere Rechte auch alten und schwachen[1835]) sowie auch an einer schweren und langwierigen Krankheit leidenden und andere den ihrer Sinne beraubten oder sonst gebrechlichen Personen bei[1836]). Wenn die Quellen gleich auch hier von einem Verordnen, Geben, Setzen und Bestellen der Vormünder sprechen und dies scheinbar rechtfertigt, daß die Neueren auch diese Art der Entstehung der Vormundschaft regelmäßig zur obrigkeitlichen Vormundschaft rechnen, so ist doch die Thätigkeit der Obrigkeit hierbei auf die bloße Bestätigung des Vormundes zu beschränken, weil der eigentliche Grund der Vormundschaft offenbar in der eigenen freiwilligen Wahl des Pflegebefohlenen liegt und jene Ausdrücke auch von einer bloßen Bestätigung des Vormundes gebraucht werden. Dann muß man aber mit Kraut diese Entstehungsart der Vormundschaft von den übrigen Entstehungsarten derselben sondern' weil hier die Wahl von Seiten des Hilfsbedürftigen der Obrigkeit gegenüber von derselben Bedeutung ist, wie z. B. bei der testamentarischen Vormundschaft die letztwillige Bestellung, und doch diese heutzutage nicht als eine bloße Unterart der obrigkeitlichen Vormundschaft angesehen werden kann.

Sechste Abtheilung. Bestätigung der Vormünder nach heutigem Rechte.

Eine Hauptabweichung des heutigen Rechtes von dem römischen in Bezug auf die Begründung der Vormundschaft besteht darin, daß das letztere eine Bestätigung des Vormundes nur dann fordert, wenn er

---

1834) Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 7, §. 7. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 154. Sachse, weim. Privatr. §. 230. Stadtr. von Wimpffen Th. 2, Tit. 1, §. 7. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 104.

1835) Wildenburg. Landr. Th. 2, Cap. 17, §. 28.

1836) Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 7, §. 6. Stadtr. von Wimpffen Th. 2, Tit. 1, §. 6. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 24. §. 6. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 93.

auf nicht giltige Weise in einer letztwilligen Anordnung ernannt ist, während in Teutschland in Folge der Reichsgesetzgebung jeder Vormund überhaupt, gleichviel welches der Grund seiner Berufung zur Vormundschaft ist, bestätigt werden muß[1837]). Diese teutschrechtliche Bestätigung wird confirmatio iuris Germanici im Gegensatze zu der im römischen Rechte vorkommenden, welche man confirmatio iuris Romani zu nennen pflegt, genannt. Der Grund dieser teutschrechtlichen Bestätigung ist zufolge des über deren Entstehung früher Bemerkten (s. allgem. Theil Abschn. 6.) in der großen Ausdehnung der Obervormundschaft in Teutschland zu suchen, indem die Obrigkeit vermöge der ihr obliegenden Fürsorge für die Unmündigen Niemanden zur Verwaltung der Vormundschaft anders zulassen kann und will, als nach gewonnener Ueberzeugung von seiner Tüchtigkeit und Redlichkeit. Daher wird in den Reichspolizeiordnungen als Zweck derselben angegeben: „damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben". Die römische Confirmation hingegen steht damit im Zusammenhange, daß das spätere römische Recht letztwillige Verfügungen überhaupt zum Nachtheile der gesetzlichen Ansprüche der Familie aufrecht zu erhalten suchte. Sie soll daher die Mängel, welche bei der Ernennung des Vormundes vorgekommen sind, heilen. Eine wichtige Folge hiervon ist, daß die teutschrechtliche Bestätigung stets eine vorhergehende Untersuchung der Person des Vormundes und seiner Umstände voraussetzt, während nach römischem Rechte der vom Vater oder väterlichen Ascendenten ernannte Vormund aus Achtung für die väterliche Anordnung ohne eine solche bestätigt werden muß und sie nur bei der Ernennung des Vormundes durch Andere nothwendig ist. Nach dem römischen Rechte gehört daher die Confirmation noch zur Bestellung des Vormundes; der teutschrechtlichen Bestätigung muß hingegen dessen Bestellung schon vorhergegangen sein, indem nach den Worten der Reichspolizeiordnungen der Vormund entweder „in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben" und ihm durch die Bestätigung nur die Verwaltung der Vormundschaft übertragen oder, wie sich diese Gesetze ausdrücken, „decernirt oder befohlen" wird. Man kann daher nicht, wie Manche gethan haben[1838]), wegen der allgemeinen Nothwendigkeit der Bestätigung heutzutage jede Vormundschaft als eine obrigkeitliche betrachten. Dabei kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß, da die Bestätigung verhindern soll, daß nicht untüchtige und unredliche Personen Vormünder werden, die Obrigkeit, wenn die anzustellende Untersuchung die Untauglichkeit der durch Testament oder Vertrag oder Gesetz zur Vormundschaft berufenen Person zu diesem Amte

---

1837) Reichspol.-Ordn. v. 1548 Tit. 31, §. 2, v. 1577 Tit. 32, §. 2: „daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschafft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen."

1838) S. die Citate bei Kraut §. 25, N. 5, Bd. 1, S. 237.

ergiebt, dieselbe übergehen und die Vormundschaft einem Anderen auftragen kann. Dies ist auch in Particularrechten ausgesprochen[1839]). Auf der anderen Seite ist es aber auch ebensowenig zweifelhaft, daß die Obrigkeit der aus einem der angegebenen Gründe zur Vormundschaft berufenen Person die Bestätigung nicht ohne einen triftigen Grund versagen darf. Da die teutschrechtliche Bestätigung nur dazu nothwendig ist, daß der Vormund der Verwaltung sich unterziehen kann und ferner jetzt jeder zu einer Vormundschaft Berufene dieselbe in der Regel übernehmen muß, so muß dieser selbst um die Bestätigung ansuchen und im Falle der Zögerung mit diesem Gesuche den dem Mündel daraus entstehenden Schaden ersetzen, während um die römische Confirmation der ernannte Vormund nicht selbst zu bitten nöthig hat. Endlich ist die römische Confirmation von der teutschrechtlichen Bestätigung noch darin verschieden, daß zu ersterer die obervormundschaftliche Behörde immer erst besonders aufzufordern ist, während die Behörde in Folge ihrer Verpflichtung allen Schaden von den Unmündigen abzuwenden, im Falle der Zögerung des Vormundes mit dem Gesuche um die Bestätigung, die teutschrechtliche Bestätigung auch von Amtswegen ertheilen muß. Weil nach der bestimmten Vorschrift der Reichspolzeiordnungen der Vormund vor erfolgter Bestätigung sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, so sind alle von ihm vor erfolgter Bestätigung als Vormund vorgenommenen Handlungen nichtig. Nach manchen Statuten wird der Vormund der vor der Bestätigung sich der Vormundschaft unterwindet, auch mit Strafe belegt[1840]). Nur in solchen Fällen wird dem noch nicht bestätigten Vormunde eine Einmischung in die Verwaltung gestattet, wo er dadurch entweder Gefahr vom Mündel abwendet oder diesem einen bedeutenden Vortheil gewährt[1841]). Die Reichspolizeiordnungen schreiben die Bestätigung bei allen Vormündern überhaupt als nothwendig vor. Nach den klaren Worten derselben sind namentlich die vom Richter gegebenen davon nicht ausgenommen. Es ist daher nur eine particularrechtliche Anomalie, wenn einige Statuten sie bei diesen nicht verlangen[1842]). Gewöhnlich werden aber Bestellung und Bestätigung hier der Zeit nach nicht von einander getrennt sein, sondern Einen Act bilden. Auch die vertragsmäßigen Vormünder bedürfen der Bestätigung, obschon die Reichspolizeiordnungen ihrer nicht gedenken. Nach den Worten dieser Gesetze müßte auch der Ehemann, wo er noch gesetzlicher Vormund seiner Frau ist, bestätigt werden; es wird aber die Bestätigung im Particularrechte nur selten verlangt[1843]). Dagegen

1839) So z. B. kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 4, §. 2. Cap. 5, §. 2—4. Cap. 6, §. 1—5, 7, 9. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 4. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 40. Altenb. Vorm.-O. §. 6, 8. Rudolst. Vorm.-O. §. 11.

1840) Lüb. Recht II, Tit. 7, Art. 2.

1841) Glück, Erl. der Pand. Bd. 29, S. 306, 313. Kraut §. 25, Bd. 1, S. 239.

1842) Z. B. Frankf. Reform. VII, 1, 10.

1843) In den Ländern sächsischen Rechtes bedurfte früher der Ehemann zur

bedarf jeder andere Geschlechtsvormund der Bestätigung, welche gemeinrechtlich von derselben Obrigkeit ausgeht, von welcher auch andere Vormünder zu bestätigen sind, also bei einem allgemeinen Vormunde von der ordentlichen Obrigkeit, unter welcher die Frauensperson für ihre Person steht, und nur, wenn sich seine Vormundschaft blos auf die Angelegenheiten eines unbeweglichen oder diesem gleich zu achtenden Gutes bezieht, auch von dem Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit dieses Gut steht, bei einem Specialvormunde aber außerdem auch von dem Richter, vor welchem die Handlung, wegen deren er bestellt wird, vorgeht[1844]). Dagegen ist ein Notar, da er keine Gerichtsbarkeit hat und überhaupt keine obrigkeitliche Behörde ist, gemeinrechtlich zur Bestellung eines Geschlechtsvormundes ebensowenig befugt, wie zu der eines anderen Vormundes[1845]). Bei dem Vater kann die Nothwendigkeit der Bestätigung nicht als ein gemeinrechtliches Erforderniß angesehen werden. Denn wenn er auch noch nach Erlassung der Reichspolizeiordnungen, sobald er nach dem Ableben der Mutter das Vermögen seiner Kinder verwaltete, nicht selten Vormund derselben genannt wurde, so war doch schon damals der Gebrauch des Ausdruckes: väterliche Gewalt in der juristischen Kunstsprache so gewöhnlich, daß man den Ausdruck Vormund auf ihn nicht mit beziehen darf. Natürlich gilt dies nicht von einem Vater, welcher, nachdem er seine Kinder emancipirt hat, die Vormundschaft über dieselben führt. Auch ist nach gemeinem Rechte kein Grund vorhanden, die Mutter, wenn sie nach des Vaters Tode Vormünderin ihrer Kinder wird, von der Nothwendigkeit der Bestätigung auszunehmen, obwohl es an Particularrechten nicht fehlt, welche diese bei ihr nicht verlangen[1846]). Obwohl bei Ehrenvormündern und tutores notitiae causa dati Manche die Bestätigung deshalb nicht für nothwendig halten, weil sie mit der Verwaltung des Vermögens des Mündels nichts zu thun haben[1847]), so verdient die Meinung derjenigen den Vorzug, welche

---

Vertretung der Ehefrau vor Gericht der Bestätigung zum Vormunde. Const. elect. Sax. 15. P. II. v. 1572. Kursächs. PO. v. 1622 Tit. 8, §. 2. Ernest. PO. P. I. Cap. 3, §. 13. Rudolst. PO. P. I. Tit. 4, §. 1, 2. Altenburg. und Goth. PO. P. I. Cap. 5, §. 2. Es ist dies durch neuere Gesetze jetzt in allen diesen Ländern aufgehoben. Siehe Heimbach, sächs. bürgerl. Proceß Bd. 1, §. 29.

1844) Haubold, kgl. sächs. Privatrecht §. 155. Dagegen kann nach der Rudolst. Vorm.-O. §. 39 die Bestätigung eines Geschlechtsvormundes von jedem Richter an einem Orte, wo ihm die Gerichtsbarkeit zusteht, nach erfolgter beiderseitiger Erklärung und Einwilligung geschehen, und das kgl. sächs. Mandat v. 10. Nov. 1828 §. 7 erklärt zur Bestätigung von Specialvormündern jeden Richter, ohne Rücksicht auf den Gerichtsstand der Frauensperson, für zuständig.

1845) S. Kind, Quaest. for. T. III. cap. 105. ed. 2, wo auch Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht angeführt sind. Das kgl. sächs. Mandat v. 10. Nov. 1828 §. 7 hingegen erklärt Notare zur Bestätigung specieller Geschlechtsvormünder zu den vor ihnen verhandelten Geschäften für befugt.

1846) Z. B. Lüneburg. Edtags-Artikel 55. (Pufendorf 3. 379.) Siehe auch Lüneburg. Reform. Th. 7, Tit. 1 (ebd. 4, 749).

1847) Stryk, Us. mod. Pand. Lib. 26. Tit. 3. §. 3. Tit. 8. §. 6.

auch bei solchen Vormündern die Bestätigung verlangen[1848]), weil der Grund, aus welchem die Reichspolizeiordnungen die Bestätigung vorschreiben, daß nämlich dadurch die Führung der Vormundschaft durch untüchtige und unredliche Personen verhindert werden soll, bei ihnen ebensogut wie bei allen anderen eintritt, auch, wenn jene Gesetze von der Verwaltung sprechen, dies nicht blos von der Verwaltung des Mündelvermögens verstanden werden kann, sondern vielmehr die Führung der Vormundschaft überhaupt damit gemeint ist. Indessen wird nach manchen Particularrechten keine Bestätigung solcher Vormünder verlangt[1849]). — Die Bestätigung kann keine stillschweigende sein; auch kann sie nicht dadurch erfolgen, daß der Vormund die Verwaltung übernimmt und die obervormundschaftliche Behörde dies duldet; vielmehr ist dazu immer ein Ausspruch dieser Behörde erforderlich, da das „Befehlen und Decerniren" der Verwaltung, welches die erwähnten Reichsgesetze verlangen, nicht stillschweigend geschehen kann, und auch die Untersuchung, welche der Bestätigung stets vorhergehen muß, einen solchen Ausspruch nothwendig macht. Auch wird nach allgemeinem Gebrauche ein besonderes Decret (Tutorium oder Curatorium) darüber ausgefertigt. Zur gehörigen Legitimation des Vormundes vor Gericht gehört die Vorzeigung dieses Decretes, da erst durch die Bestätigung ihm die Vormundschaft wirklich übertragen wird. — Es fragt sich noch, ob die römische Confirmation noch heutzutage vorkomme oder ob sie durch die teutsche ersetzt werde. Da die letztere schon vorherige gehörige Bestellung des Vormundes voraussetzt, zur gehörigen Bestellung aber bei mangelhafter testamentarischer Vormundschaft die römische Confirmation gehört, so ist das Vorkommen dieser neben der teutschen Bestätigung allerdings noch möglich, und die römische Confirmation würde in Fällen, wo das römische Recht sie fordert, der teutschen vorangehen müssen. Manche ältere Statuten erkennen auch die römische Confirmation ausdrücklich an[1850]). Allein da durch die teutschrechtliche Bestätigung unzweifelhaft auch der Zweck der römischen erreicht wird, so wird die letztere in der That durch die erstere überflüssig. Daher verlangen neuere Gesetze mit Recht die römische Confirmation nicht. In dem Sinne derselben ist aber anzunehmen, daß in Bezug auf die Pflicht des Vormundes zum Ansuchen um die Bestätigung, es ganz gleichgiltig ist, ob er auf eine nach römischem Rechte mangelhafte oder vollgiltige Weise durch eine letztwillige Verordnung zum Vormunde ernannt ist, wie dies auch manche von ihnen ausdrücklich bestimmen[1851]).

1848) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 329. Corol. 2. Glück, Erl. der Pand. Bd. 29, S. 310 flg. Kraut Bd. 1, S. 240 flg.

1849) Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 20, §. 4.

1850) Z. B. Nürnberg. Reform. Tit. 39, Ges. 2, §. fin. Frankf. Reform. VII, 1, 3. Hamburg. Stat. III, 6, 2.

1851) Z. B. Brem. Vorm.=O. v. 1826 §. 15, 16.

Dritter Abschnitt. Ablehnung der Vormundschaft.

Erste Abtheilung. Römisches Recht[1852]).

A. **Begriff und Arten der Entschuldigungen.** Selbstverständlich kann der Vormund bei einer wirklichen Nichtigkeit der Delation die Vormundschaft ohne weiteres zurückweisen oder niederlegen. Gegen eine giltige Bestellung hat der Vormund verschiedenartige Befreiungsmittel. Der in iure cessio und abdicatio ist bereits oben in einem anderen Zusammenhange gedacht worden. Sie kommen im Justinianeischen Rechte nicht mehr vor. Dagegen finden sich zwei andere, die excusatio und potioris nominatio, von denen erstere im Justinianeischen Rechte noch praktisch ist, von letzterer sich nur zweifelhafte

---

1852) Die Quellen dieser Lehre sind: Vat. Fragm. Tit. IV. de excusatione §. 123—248. Dieser Titel ist aus mehreren, früher zum Theil unbekannten, juristischen Schriften excerpirt. Siehe das Nähere bei Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. 2, S. 1 flg. — Paul. Sent. Lib. II. Tit. 27. de excusationibus tutorum. Tit. 28. de potioribus nominandis. Tit. 29. qui potiores nominare non possint. Tit. 30. ad Orationem Divi Severi. — Lex Rom. Burgund. Tit. 35. de tutelis minorum. — Inst. Lib. I. Tit. 25. de excusationibus tutorem vel curatorum. — Dig. Lib. 27. Tit. 1. de excusationibus. In diesem Titel sind des Ulpian und Paulus libri singulares excusationum und des Ulpian Schrift de officio Praetoris tutelaris benutzt. Am stärksten ist aber von des Modestinus Werk über die Excusationen Gebrauch gemacht. Dieser Jurist verfaßte dieses Werk unter Alexander Severus und nannte es *παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας* (L. 1. pr. D. 27. 1.). Er theilte es in sechs Bücher, von denen das erste von der Unfähigkeit zur Vormundschaft, das zweite und dritte von der Excusation, das vierte von den Fristen und dem Forum derselben, das fünfte und sechste von ungiltigen Excusationen handelt. Nach seiner eigenen Erklärung im Eingange hat er seine eigene Rechtstheorie (*τὰ νόμιμα*) der Excusationen griechisch, die Citate seiner Quellen aber mit Beibehaltung ihrer eigenen Worte (*αὐτὰ τὰ τῶν νόμων ῥήματα*) vorgetragen (L. 1. §. 2. D. 26. 1.), weshalb sich denn auch in den uns erhaltenen Fragmenten sowohl Constitutionen verschiedener Kaiser, als auch Quellen aus des Ulpian und Paulus Werken über die Excusationen in lateinischer Sprache finden. In den Digesten ist dieses Werk in seiner ursprünglichen Gestalt benutzt worden, weshalb auch die Florentinischen Digestenhandschrift nur den griechischen Text enthält. Neben dem griechischen Texte hat sich noch eine alte lateinische Uebersetzung erhalten, welche man früher dem Burgundio aus Pisa auf Grund eines Zeugnisses des Odofredus zuschrieb, aber nach Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 4, S. 341 in die Zeit vor der Bolognesischen Schule versetzen muß. Eine genauere Bestimmung des Alters dieser Uebersetzung hat Kriegel, Antiqua versio latina fragmentorum e Modestini libro de excusationibus in Digestorum Lib. 26. Tit. 3—5. 6. et Lib. 26. Tit. 1. obviorum in integrum restituta (Lips. 1830.) p. 17. versucht, indem er sie dem 6. oder 7. Jahrhundert zuschreibt. Rein erhalten ist diese alte Uebersetzung nur in den Ausgaben des Infortiatum aus dem 15. und dem Anfange des 16. Jahrhunderts. Kriegel liefert aus drei Handschriften der Leipziger Universitäts- und Rathsbibliothek und den Ausgaben des Infortiatum Venet. 1477 und 1495 interessante Beiträge zur Herstellung des ursprünglichen Textes der alten Uebersetzung (Kriegel l. c. 10—16.). — Theod. Cod. Lib. III. Tit. 31. de excusatione tutorum. — Cod. Inst. Lib. V. Tit. 62—70. — Von Literatur ist Buchholtz, Diss. ad Orationem Divi Severi de potioribus nominandis. Regiom. 1824. zu bemerken. — Vgl. übrigens den Artikel Cura Bd. III, S. 192—209.

Spuren finden. Erstere kommt auch noch im heutigen Rechte vor. Excusatio bezeichnet im allgemeinen die Ablehnung oder Niederlegung der Vormundschaft auf den Grund einer durch die Bestellung verletzten Befreiung (immunitas, vocatio, excusatio in diesem Sinne); potiorum nominatio heißt die Ablehnung einer Vormundschaft auf den Grund des Vorschlages eines passenderen Subjectes. Beide Institute sind der Vormundschaft nicht eigenthümlich, sondern beruhen auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die öffentlichen Lasten und Aemter. Jeder nämlich, welcher zu einem munus oder honor berufen wird, hat gegen das constituirende Decret noch die Appellation, welche er innerhalb der gewöhnlichen Fatalien einwenden und prosequiren muß. Dadurch kommt die Sache zur Prüfung einer höheren Instanz, in welcher die Beschwerden (causae) gegen das Decret, d. h. eben jene angeblich verletzten Immunitäten oder jene Vorschläge besserer Subjecte gehörig zu erörtern sind. Wird er in der höheren Instanz abgewiesen, so ist er rückwärts vom Augenblicke der Bestellung an giltig Vormund gewesen, mithin für das periculum cessationis verantwortlich. Werden dagegen die Beschwerden für erheblich erkannt, so wird die Bestellung mit rückwirkender Kraft cassirt. Diese Grundsätze gelten bei der großen Mehrzahl der munera und honores noch im Justinianeischen Rechte[1853]). Allein gerade die Excusation und potioris nominatio bei der Vormundschaft ist ganz eigenthümlich ausgebildet worden. Eine Constitution von M. Aurelius und L. Verus[1854]) hob nämlich das beschränkte Devolutivrechtsmittel der provocatio oder appellatio in diesem Falle auf[1855]) und setzte an dessen Stelle ein nicht devolutives mit viel längeren Fatalien, nämlich 50 Tagen zur Interposition der excusatio oder potioris nominatio und 4 Monaten zur Fortstellung derselben. In dieser freieren Gestalt erhielt sich das Rechtsmittel gegen Vormundschaften im ganzen bis auf Justinian, obschon das Schicksal der einzelnen Ablehnungsgründe noch insofern ein ganz entgegengesetztes gewesen ist, als sich die Excusationen bis auf Justinian immer weiter ausgebildet haben, während von dem Institute der Nomination im Justinianeischen Rechte nur noch wenige zweifelhafte Spuren übrig sind[1856]), deren Erhaltung übrigens vielmehr auf Rechnung des Zufalles oder der Nachlässigkeit der Compilatoren zu setzen, als der Absicht Justinian's zuzuschreiben ist, dieses Institut in den praktischen Rechtszustand seiner Zeit, wie ihn sein Rechtsbuch bestimmen sollte, mit aufzunehmen. Folgende Umstände scheinen das Verschwinden der potioris nominatio im Justinianeischen Rechte veranlaßt zu haben. Erstens war der praktische Gebrauch dieses Rechtsmittels von jeher nicht sehr bedeutend. Es galt nur gegen Tu-

1853) Dig. Lib. 50. Tit. 5. 6. Cod. Lib. X. Tit. 44—65.

1854) Vat. Fragm. §. 155. L. 13. §. 1. 2. L. 16. D. 27. 1. L. 1. §. 1. D. 26. 7.

1855) L. 1. §. 1. D. 49. 4.

1856) Rubr. und L. 2. D. 27. 7. L. 12. C. V. 34.

telen, welche durch obrigkeitliches Decret auferlegt sind, war durch die oratio Severi den Vormündern, welche vielleicht gerade am häufigsten bestellt wurden, entzogen und wurde von den übrigen auch nur in Ermangelung aller Excusationen gebraucht, indem es den nominans nie rein von dem periculum befreite, sondern ihm immer noch eine subsidiarische Verpflichtung übrig ließ. Daß es aber auch in diesen engen Schranken nicht fortdauerte, während es doch bei den übrigen öffentlichen Lasten sich erhielt[1857], hat seinen Grund wohl weniger in einer gesetzlichen Aufhebung, als vielmehr in der Ansicht der späteren Zeit, nach welcher zu der schärferen Aufsichtsführung und dem geregelteren Geschäftsgange der obervormundschaftlichen Behörden seit Sept. Severus nur noch gesetzmäßige Excusationen, nicht aber willkürliche Vorschiebungen Anderer zu passen schienen.

B. Allgemeine Bedingungen der Entschuldigung. Die Zulässigkeit einer Excusation und potioris nominatio hängt zunächst von folgenden allgemeinen Voraussetzungen ab: 1) die deferirte Vormundschaft muß ein munus publicum sein. Deshalb kommt sowohl die Excusation als die Nomination bei der gesetzlichen und testamentarischen Geschlechtstutel nicht vor[1858], und bezieht sich daher nur auf die Pupillentutel und die Cura[1859]. Bei diesen letzteren Vormundschaften gelten aber auch beide Institute, und es ist wohl nur zufällig und aus der größeren Wichtigkeit der Tutel zu erklären, daß in den Vaticanischen Fragmenten fast nur bei dieser von der Nomination die Rede ist. 2) Die Delation der Vormundschaft muß rechtsgiltig sein. Ist dieselbe nämlich nichtig, so bedarf es weder eines rescindirenden Rechtsmittels, noch ist ein solches zulässig; es genügt und ist allein statthaft eine einfache Nichtigkeitsbeschwerde, welche weder an bestimmte Nothfristen[1860], noch an eine bestimmte Proceßform gebunden ist. Am häufigsten wird sie als Einrede gegen die utilis actio wegen Cessation praktisch vorkommen. Im Falle ihres Beweises befreit sie den Vormund vollständig von aller Verpflichtung, außer wenn er sich in die Verwaltung eingemischt hat, weil er dann als Protutor oder negotiorum gestor haften würde. 3) Bestritten ist, ob eine bestimmte Art der Delation erforderlich sei, damit Excusation und Nomination eintreten könne oder ob diese Rechtsmittel ohne Unterschied des Delationsgrundes stattfinden[1861]. Da beide Rechtsmittel ursprünglich Appellationen waren, jede Appellation aber ein Decret voraussetzt, von welchem appellirt wird,

---

1857) Tit. Cod. de potioribus ad munera nominandis (X. 67. (65.))

1858) Gai. I. 182. Ulp. Fragm. XI. 23.

1859) Theoph. ad §. 17. Inst. I. 25. L. 13. pr. D. 27. 1. Vat. Fragm. §. 211. 220. L. 12. C. V. 34.

1860) L. 1. C. V. 29. L. 13. §. 12. 16. D. 27. 1. L. 40. 58. §. 2. D. 26. 7.

1861) Vgl. über diese Streitfrage Glück, Erl. der Pand. Bd. 31, S. 182 flg. und Rudorff Bd. 2, S. 11 flg.

so könnte man dieselben auf obrigkeitliche Bestellungen oder Confirmationen beschränken wollen. In der That hat schon das Concil zu Chalcedon von 451 [1862]) und in neuerer Zeit Cujacius [1863]) behauptet, daß wenigstens eigentliche Excusationen bei gesetzlicher Vormundschaft nicht stattfinden. Letzterer beruft sich auf zwei Stellen [1864]), in welchen die Excusation nur auf dati tutores, d. h. testamentarische und obrigkeitliche, nicht aber gesetzliche, bezogen werde. Diese Stellen beweisen aber eher gegen jene Ansicht; denn sie sagen, daß, seit die Entschuldigung keine Appellation mehr sei, sie auch nicht mehr, wie früher, auf dativi und confirmati tutores beschränkt werden könne, sondern bei allen Vormündern ohne Unterschied gelten müsse. Auch fehlt es nicht an Stellen, in welchen auch die gesetzlichen Vormünder ausdrücklich für excusationsfähig erklärt werden [1865]). Bei der potioris nominatio verhielt sich freilich die Sache anders als bei der Excusation. Schon die in den Vaticanischen Fragmenten uns mitgetheilte Formel derselben beschränkt dieses Rechtsmittel auf die durch obrigkeitliches Decret ernannten Vormünder [1866]). Für solche decreto dati sind theils die dati, theils die confirmati zu halten. Hinsichtlich der letzteren muß aber zwischen dem letzten Willen des Vaters und dem der Mutter, Großmutter und anderer Personen unterschieden werden. Die von der Mutter, Großmutter u. s. w. ernannten Vormünder werden nämlich nicht ohne inquisitio confirmirt und stehen daher auch rücksichtlich der potioris nominatio den datis völlig gleich; die vom Vater ernannten werden aber ohne weiteres confirmirt und dürfen daher nach einem Rescripte von Sept. Severus und Caracalla auch keinen Näheren vorschlagen, „weil des Vaters Wille, wenn auch der Strenge nach ungiltig, dennoch befolgt werden müsse" [1867]). Selbstverständlich ist umsomehr allen auf vollkommen giltige Weise im letzten Willen des Vaters ernannten Vormündern die potioris nominatio versagt. Hiernach scheinen auch gesetzliche Vormünder von der Nomination ausgeschlossen gewesen zu sein [1868]).

C. Gründe der Entschuldigung. AA. Begriff und Eintheilungen. Die einzelnen rechtlichen Gründe, durch deren

1862) Concil. Chalced. a. 451. c. 3. c. 26. D. 86. c. 1. C. 21. Qu. 3.

1863) Cuiac. ad L. 13. D. 27. 1.

1864) L. 13. pr. D. 27. 1. ... οὔτε οἱ χειροτονηθέντες ἐπίτροποι, οὔτε οἱ κατὰ διαθήκην δοθέντες ἐκκαλεῖσθαι ἀνάγκην ἔχουσιν ... §. 16. Inst. I. 25.

1865) Theoph. ad §. 17. Inst. I. 25. Lex Rom. Burgund. Tit. 36. L. 20. 30. §. 2. D. 27. 1. L. 3. §. 8. D. 26. 4. L. 1. 4. C. V. 30. L. 9. C. V. 34. Nov. 118. cap. 5. Cujacius will diese Stellen von einer excusatio ad tempus verstehen, welche doch keine eigentliche Excusation heißen könne. Dies ist aber deshalb unbegründet, weil in mehreren von einer datio in locum excusati die Rede ist, welche nach dem SC. gewiß eine excusatio perpetua voraussetzte. Schulting ad Ulp. XI. 17. not. 46. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 1, S. 903, N. 2. Rudorff a. a. O. S. 13.

1866) Vat. Fragm. §. 166.

1867) Vat. Fragm. §. 159. 246. Cf. §. 211.

1868) Buchholtz, Diss. cit. p. 62. und ad Vat. Fragm. p. 327.

Angabe und Ausführung man von der Gefahr einer giltig übertragenen Vormundschaft frei wird, werden im römischen Rechte auf mehrere Klassen zurückgeführt. 1) Zuvörderst unterscheidet das römische Recht sehr genau zwischen eigentlichen excusationes (tituli, causae excusationis)[1869]) und potioris nominatio, indem es unter jenen die eigenen Immunitäten des Vormundes, unter diesen den bloßen Vorschlag einer anderen Person ohne Anführen eigener Verhinderungsgründe versteht. 2) Die eigentlichen excusationes lassen sich zunächst in Ansehung ihres Grundes in nothwendige und freiwillige (sog. excusationes necessariae und voluntariae) eintheilen[1870]). 3) Auch hinsichtlich der Wirkungen der Excusationen zeigen sich manche wichtige Verschiedenheiten. a) Einige Excusationen befreien nämlich für immer, andere nur eine Zeit lang von der Verwaltung und Gefahr der Vormundschaft (excusationes perpetuae und temporales). b) Die meisten Excusationen befreien nur a tutela suscipienda, weil mit der Uebernahme der Vormundschaft, ohne gleichzeitiges Vorschützen einer Excusation, das Recht zu dieser verloren geht[1871]). Einige befreien aber auch a tutela suspecta (ob quas tutelam deponere licet). c) Endlich unterscheidet man Excusationen von der ganzen Tutel und von einem Theile derselben, z. B. von allzuweit entfernt liegenden Gütern (excusationes pro parte).

BB. Excusationes necessariae. 1) Absolute Hindernisse. Hierher gehören a) mangelnde Rechtsfähigkeit, b) eigene Schutzbedürftigkeit, c) moralische Mängel. Es ist davon schon früher in diesem Artikel die Rede gewesen (vgl. allgem. Theil Abschn. 4, siehe auch den Artikel Cura Bd. III, S. 196 flg.).

2) Relative Hindernisse. a) Feindschaft zwischen dem Vater des Pfleglinges und dem Vormunde kann unter gewissen Voraussetzungen eine Excusation oder Rejection des letzteren zur Folge haben; es ist darüber sowie über den einen Fall, wenn der Vater im Testamente den Vormund, zwischen welchem und ihm die Feindschaft besteht, ernannt, bereits an einem anderen Orte gehandelt worden[1872]). In dem anderen Falle, wo die Ernennung des Vormundes von der Obrigkeit geschah, begründet die Feindschaft ohne Unterschied eine Excusation. In den Institutionen und bei Theophilus kommen Ausdrücke vor, welche auf eine freiwillige Excusation hindeuten[1873]). Vergleicht man aber mit diesen Stellen diejenigen, nach welchen dem im Testamente unvollkommen ernannten Vormunde die obrigkeitliche Confirmation versagt

---

1869) L. 38. D. 27. 1. Vat. Fragm. §. 156. L. 6. §. 13. L. 17. 23. 31. 39. 44. 45. D. 27, 1.

1870) Vgl. über diese Eintheilung und die Terminologie den Artikel Cura Bd. III, S. 193.

1871) L. 45. pr. D. 27. 1. L. 11. §. 2. D. 4. 4.

1872) Vgl. darüber den Artikel Cura Bd. III, S. 197.

1873) §. 11. Inst. I. 25. Theoph. ad l. c. Inst.

wird[1874]), und nach welchen der Prätor den Vormund wegen Feindschaft mit dem Vater soll absetzen können[1875]), so kann in jenen Stellen das Wort excusare nicht in der engeren Bedeutung einer excusatio voluntaria gebraucht sein[1876]). b) Status controversiae und lis[1877]). c) Obligatorische Verhältnisse zwischen Vormund und Mündel[1878]) begründen nach älterem Rechte für den ersteren keine Excusation[1879]). Noch viel weniger verlor der Vormund durch Uebernahme der Vormundschaft seinen Anspruch gegen den Pflegling; sondern er konnte sich wegen desselben entweder aus dem Vermögen des Pfleglinges bezahlt machen (sibi solvere)[1880]), und bei drückenden hypothekarischen Schulden war er sogar dazu verpflichtet[1881]) oder er konnte seinen Anspruch gegen den Pflegling gerichtlich geltend machen, welchenfalls demselben nur ein Mitvormund oder ein tutor praetorius oder curator ad litem zur Defension zugeordnet wurde[1882]). Der Vormund konnte sich sogar Forderungen cediren lassen, um sie gegen den Pupillen geltend zu machen, indem er z. B. Gläubiger des Vaters desselben auskauft[1883]). In allen diesen Beziehungen hat aber Justinian in Nov. 72. das Recht des Codex geändert, indem er den Mißbrauch der Erlaubniß der Cession dazu fürchtet, um nichtige oder wohlfeil erkaufte Forderungen unter diesem Vorwande gegen den Pflegling geltend zu machen, sowie auch, daß der Vormund eigene Forderungen und Hypotheken auf eine unerlaubte Weise geltend machen könne. Ebenso findet er andererseits bedenklich, daß der Vormund in Schuldverhältnissen zu dem Pfleglinge stehe, weil er sich in diesem Falle der Gelegenheit der Vormundschaft bedienen könne, um durch Unterschlagung der Schuldverschreibung und sonstiger Beweismittel des Mündels sich seiner Verpflichtung auf bequeme Weise zu entledigen[1884]). Die Novelle spricht, abgesehen von der nicht authentischen Rubrik[1885]), im ersten Capitel nur von *κηδεμόνες — τῶν νέων, εἴτε ἀνήβων, εἴτε ἐφήβων*, also nur von Tutoren Unmündiger und Curatoren Minderjähriger, im fünften Capitel aber ganz allgemein von allen Curatoren, auch wahnsinniger, blödsinniger, verschwenderischer Personen u. s. w. Die Novelle betrifft alle Arten von Vormündern ohne Rück-

1874) L. 8—10. D. 26. 3.
1875) L. 3. §. 12. D. 26. 10.
1876) Dies bestätigt Paul. Sent. Lib. II. Tit. 27. §. 1., welcher als Grund der Excusation anführt: ne paterno inimico pupilli committantur.
1877) Siehe den Artikel Cura Bd. III, S. 197 flg.
1878) Ettmüller, diss. de tutore creditore vel debitore minoris. Altorf 1687. Walch, diss. de tutore pupilli sui ante tutelam suspectam debitore. Ienae 1777. Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 198.
1879) L. 7. C. V. 62.
1880) L. 8. C. V. 34.
1881) L. 9. §. 5. D. 26. 7.
1882) L. 7. C. V. 62.
1883) L. 12. D. 27. 9.
1884) Nov. 72. pr. cap. 1.
1885) S. Biener, Gesch. der Novellen Justinian's S. 58.

sicht auf die Verschiedenheit des Delationsgrundes, indem sie ganz allgemein verbietet, einen Gläubiger oder Schuldner zur Vormundschaft zu lassen, wenn ihn auch das Gesetz dazu berufe [1886]). Es kann daher die Ansicht mancher Glossatoren und neuerer Praktiker [1887]), welche testamentarische Vormünder ausnehmen wollen, weil der Erblasser deren Tüchtigkeit geprüft habe, dem Geiste der Novelle nicht entsprechend erscheinen. Derselbe Grund würde nach der schon von Accursius gemachten Bemerkung auch ex inquisitione dati tutores ausschließen, und jene Prüfung würde zwar von der Satisdation, aber nicht von den prohibitiven Vorschriften dieser Novelle dispensiren können [1888]). Die für jene Meinung angeführten älteren Stellen [1889]) können nichts beweisen, weil sie durch die Novelle aufgehobenes Recht voraussetzen. Es ist daher die Novelle wohl auf alle Arten von Vormündern ohne Ausnahme zu beziehen. Es wird die Richtigkeit dieser Ansicht durch eine in Nov. 94. cap. 1. enthaltene wahre Ausnahme der allgemeinen Regel bestätigt. Diese Novelle hat nämlich die Novelle 72 für die Mütter, welche die Tutel über eheliche oder Concubinenkinder führen, dergestalt aufgehoben, daß Schuldverhältnisse zwischen beiden, z. B. die Dotalforderungen der Mutter oder die Forderung auf die propter nuptias donatio, weder die Tutel hindere, sobald nur die bei Uebernahme derselben üblichen Förmlichkeiten, Verzicht auf das SC. Velleianum und Verpfändung des Vermögens, beobachtet werden, noch auch durch die Uebernahme der Tutel selbst zerstört werden. Diese Auszeichnung beruht nach Justinian's Aeußerung darauf, daß die natürliche Liebe der Mutter zu den Kindern jeden Verdacht eines Mißbrauches ihrer vormundschaftlichen Gewalt ausschließe. Der nähere Inhalt der Novelle 72 ist folgender: aa) Wer Gläubiger oder Schuldner des Pfleglinges ist, hat eine excusatio von dessen Tutel und Cura, welche nicht nur voluntaria, sondern auch necessaria ist, weil sonst dem Pfleglinge in seiner Person kein Vormund gegeben, sondern ein Feind aufgedrungen werden würde [1890]). bb) Bedingung dieser excusatio necessaria und Remotion ist aber, daß der Vormund das Schuldverhältniß nicht blos angegeben, sondern auch bewiesen habe; der Beweis wird in Ermangelung anderer Beweismittel durch den Eid des Vormundes geführt, wodurch er schwört, daß er wirklich eine Forderung gegen den Pflegling zu haben glaube. Wird dieser Beweis innerhalb der Excusationsfatalien nicht erbracht, so steht dem Vormunde nicht einmal eine freiwillige Excusation zu, weil sich sonst unter dem Vorwande eines obligatorischen Verhältnisses leicht jeder von der Vormundschaft befreien könnte [1891]). cc) Hat der Vormund aber

1886) Nov. 72. cap. 1.
1887) Vgl. Rudorff Bd. 2, S. 30.
1888) Glossa ad Nov. 72. cap. 1.
1889) L. 70. D. 3. 3. L. 7. pr. C. V. 70.
1890) Nov. 72. cap. 1. 3. fin. Nov. 94. praef.
1891) Nov. 72. cap. 3.

das obligatorische Verhältniß ganz verschwiegen und die Vormundschaft dennoch übernommen, so verliert er, wenn er Gläubiger des Pfleglinges war, zur Strafe sein Klagrecht, sowie ihn andererseits, wenn er Schuldner desselben ist, Zahlungen oder andere Liberationen, welche er während seiner Verwaltung doloser Weise vorgenommen hat, zur Strafe nicht liberiren[1892]. dd) Tritt das obligatorische Verhältniß erst während der Dauer der Vormundschaft durch Erbschaft u. s. w. ein, so ist dem bisherigen Vormunde zur Sicherheit des Pfleglinges ein Tutor oder Curator beizuordnen[1893]. Nur in Einer Beziehung ist auch während und nach der Vormundschaft die Entstehung von Forderungen beschränkt, nämlich durch das Verbot der Cessionen[1894], wovon noch später die Rede sein wird. Particulargesetze ändern das gemeine Recht dahin, daß Gläubiger und Schuldner unter Voraussetzung besonderer Tüchtigkeit zu Vormündern bestellt werden können[1894a]. d) Verschiedenheit des Standes, der Religion und des Wohnortes. aa) Verschiedenheit des Standes begründet nach römischem Rechte niemals eine nothwendige Excusation. Nach kaiserlichen Constitutionen haben nämlich Senatoren gegen Tutelen über Ungenossen nur eine freiwillige, andere Personen aber gegen eine Tutel über Senatoren überall keine Excusation[1895]. Nach einer Oratio von M. Aurelius sollen zu Tutoren über Freigelassene nur Freigelassene aus demselben Orte bestellt werden[1896], und nur in Ermangelung solcher daselbst Freigeborener, deren Excusation aber nur eine freiwillige ist, so daß sie, bei Nichtbeachtung der Nothfristen, gebunden sind[1897]. bb) Verschiedenheit des Glaubensbekenntnisses giebt nach römischem Rechte keine Excusation. Namentlich können Juden nicht nur überhaupt zu Vormündern bestellt werden, da sie nach Constitutionen von Sept. Severus und Caracalla[1898] zu allen, ihrer Religion nicht zuwiderlaufenden Lasten verpflichtet sind, sondern auch zu Tutoren über Pupillen, welche nicht ihres Glaubens sind[1899]. Die Ausschließung der Juden vom Richteramte über Christen im neueren römischen und kanonischen Rechte hat jedoch bewirkt, daß die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis auch ihre Vormundschaft über Christen als unzulässig ansieht, und diese Ansicht ist, mit einigen Modificationen, auch in neuere Gesetzgebungen übergegangen, welche aber auch umgekehrt Christen von der Vormundschaft über Juden ausschließen[1900]. Ver-

1892) Nov. 72. cap. 4.
1893) Nov. 72. cap. 2.
1894) Nov. 72. cap. 5.
1894a) Königl. sächs. Vorm.-O. Cap. 8, §. 4. Eisenach. Vorm.-O. §. 4. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 42 flg. Altenb. Vorm.-O. §. 8, 10.
1895) L. 22. D. 26. 5.
1896) L. 27. §. 1. D. 26. 5. L. 1. §. 4. D. 27. 1.
1897) L. 3. C. V. 62. L. 27. §. 1. D. 26. 5. L. 1. §. 4. D. 27. 1.
1898) L. 3. §. 3. D. 50. 2.
1899) L. 15. §. 3. D. 27. 1.
1900) Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 137, 138, 179. Rescript vom 26. Januar 1813.

schiedenheit der christlichen Confession begründet gemeinrechtlich keine Unfähigkeit zur Vormundschaft. cc) Verschiedenheit der Abkunft und des Wohnortes ist nach römischem Rechte kein Hinderniß der Tutel; dagegen beschränken teutsche Statuten und Gesetze die Bestellung von Ausländern oder fremden Gerichtsunterthanen zu Vormündern über Inländer, sowie sie umgekehrt auch die Ernennung eines Inländers zum Vormunde außerhalb Landes wenigstens von der richterlichen Zustimmung abhängig machen[1901]). e) Verbot der Eltern. Hat der Vater oder die Mutter des Pfleglinges die Bestellung einer bestimmten Person zum Vormunde letztwillig untersagt, so wird dadurch eine nothwendige Excusation begründet, indem die Obrigkeit eine solche Person nicht bestellen darf. Ist dieses dennoch geschehen, so kann sich der Vormund von der Vormundschaft excusiren; thut er dies nicht, so wird er, jedoch im Falle redlichen Verfahrens von seiner Seite unbeschadet seiner Ehre, removirt, wie dies eine Verordnung von Sept. Severus bestimmt hat[1902]), Eine andere Constitution desselben Kaisers enthält eine Anwendung dieses Grundsatzes. Hat nämlich die Mutter ihre Söhne unter der Bedingung zu Erben eingesetzt, wenn sie von der väterlichen Gewalt befreit sein würden, so darf der Vater nicht zum Curator derselben bestellt, oder muß, wenn dieses dennoch geschehen ist und er nicht freiwillig niederlegt, entlassen werden, weil die Bestellung wenigstens indirect gegen den letzten Willen der Mutter verstoßen würde[1903]). f) Ehe und Verlöbniß mit dem Pflegebefohlenen[1904]). Eine Oratio von M. Aurelius und Commodus verbietet Ehe und Verlöbniß vor abgelegter Rechnung zwischen dem Vormunde, dessen Sohne und der Pflegebefohlenen bei Strafe der Nichtigkeit und der Infamie. Eben dieser Strafen wegen verbieten kaiserliche Constitutionen die Ernennung des Ehemannes, Bräutigams oder Schwiegervaters zum Tutor oder Curator der minderjährigen oder wahnsinnigen Ehefrau, Braut oder Schwiegertochter[1905]). Ist die Bestellung des Ehemannes, Bräutigams oder Schwiegervaters zum Vormunde dennoch erfolgt, so kann er sich excusiren (excusare se potest) und zwar nach einem Rescripte von Sept. Severus und Caracalla selbst noch dann, wenn er sich in die Verwaltung der Angelegenheiten seiner Frau u. s. w. schon immiscirt hätte, obgleich eine solche Einmischung sonst den Verlust jeder anderen Excusation zur Folge hat[1906]). Diese Excusation ist zugleich in gewissem Sinne eine nothwendige. Damit nämlich auch dann, wenn der Ehemann oder Bräu-

1901) Lüb. Recht I, 7a, 2. Minden. Stat. II, 3, 6. Preuß. Landr. II, 18, §. 150—157, 179. Rescr. v. 7. December 1815. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 8, §. 1. Altenb. Vorm.-O. §. 8.

1902) L. un. C. V. 47. L. 21. §. 2. D. 26. 5.

1903) L. 21. §. 1. D. 26. 5.

1904) Heineccius, diss. de marito tutore et curatore uxoris legitimo (in Opusc. var. syll. Exerc. XXIV.). Breuning, de tutore sponso pupillae.

1905) L. 14. D. 27. 10. L. 1. §. 5. D. 27. 1. L. 2. C. V. 34

1906) §. 19. Inst. I. 25. Vat. Fragm. §. 201.

tigam abwesend und ohne sein Vorwissen zum Vormunde seiner Frau oder Braut ernannt sein sollte, die Vorschrift des Senatusconsultes aufrecht erhalten, er selbst aber mit den Strafen der Nichtigkeit der Ehe und der Infamie verschont werde, wird ihm auch in diesem Falle ein außerordentlicher Vormund substituirt. Selbst wenn der Vater des Ehemannes zum Curator seiner Schwiegertochter bestellt wird, muß er sich excusiren und die Frau auf Ernennung eines anderen Curators antragen, damit den Vater keine Infamie treffe und rücksichtlich der Giltigkeit der Ehe alle Bedenken beseitigt werden[1907]). Sogar ein noch nicht förmlich Verlobter darf nicht als potior zum Vormunde in Vorschlag gebracht werden, und scheint, wenn dieses dennoch geschehen wäre, eine freiwillige Excusation zu haben[1908]). Sobald das Eheverbot wegfällt, ist auch die Excusation weder als freiwillige, noch als nothwendige zulässig. Hat daher der Vater der Pflegebefohlenen einen Dritten letztwillig zum Vormunde ernannt und ihm zugleich die Tochter verlobt, so kann er auf diese Weise durchsetzen, daß Ehe und Vormundschaft giltig neben einander bestehen. Anders verhält es sich, wenn der Vater den Dritten blos zum Vormunde oder zum Manne seiner Tochter bestimmt hätte. Im ersten Falle würde des Vaters Wille vorgehen und der Vormund sich nicht excusiren können, wenn er sich später mit der Tochter verlobte; im zweiten Falle würde er allerdings gegen die ihm später angetragene Tutel eine Excusation vorschützen können[1909]). Dem teutschen Rechte ist rücksichtlich der Geschlechtsvormundschaft der römische Grundsatz nach dem früher Bemerkten stets fremd gewesen. In Ansehung der Altersvormundschaft bestätigen manche teutsche Particularrechte das römische Recht, während andere es sehr beschränken[1910]). g) Kindschaft[1911]). Auch das Kindesverhältniß sollte nach der Meinung einiger römischen Juristen eine nothwendige Excusation bewirken können. Celsus nämlich und mehrere Andere fanden es unanständig, daß der Vater, wenn er seinen Angelegenheiten nicht mehr vorstehen könnte, unter Vormundschaft des Sohnes stehen sollte und stellten daher die Behauptung auf, daß die Bestellung des Sohnes zum Curator seines Vaters unzulässig, und wenn sie dennoch erfolgt, dessen Entlassung nothwendig sei. Aber durch spätere Rescripte wurde diese Meinung beseitigt. Sowohl ein Rescript von Antoninus Pius, als ein solches der Divi fratres bestimmten nämlich, daß gerade dem Sohne weit eher als jedem Fremden die Cura über den Vater übertragen werden müsse, sobald er nur rechtlich und gewissenhaft sei[1912]). Sie sehen also eine solche

1907) L. 3. C. V. 6. L. 17. C. V. 62.

1908) Vat. Fragm. §. 117.

1909) Vat. Fragm. §. 202.

1910) Zu den ersteren gehören die königl. sächs. Vorm.-O. Cap. 8, §. 1. Altenb. Vorm.-O. §. 8; zu den letzteren das preuß. Landr. II, 18, §. 140, 183.

1911) Crell, Observationes de filio patris aut matris curatore ad L. 1. §. 1. D. de curat. fur. Viteb. 1754.

1912) L. 12. §. 1. D. 26. 5. L. 1. §. 1. D. 27. 10.

Curatel mehr als ein officium, denn als eine potestas an; denn nur das patrem a filio regi, die potestas filii in patre, welche die älteren Juristen für nothwendig verbunden mit der Curatel hielten, nicht aber die Sorge für des Vaters Wohl, konnte unangemessen scheinen. Das praktische Resultat ist nach Ulpian, daß der Sohn nicht nur unbedenklich zum Curator des Vaters bestellt werden könne, sondern sogar zur Uebernahme der Curatel über seine wahnsinnigen Eltern, namentlich auch über die Mutter, verpflichtet sei, in Betracht, daß er dieser gleiche Pietät, wie dem Vater, schulde[1913]. Mag nun auch diese nach allgemeiner Rechtsregel eintretende Verpflichtung mehr auf die Verpflegung der wahnsinnigen Eltern, welche den Kindern bei Strafe der Enterbung und Indignität obliegt[1914], als auf eine eigentliche cura legitima oder dativa furiosi vel furiosae zu beziehen sein, so ist doch auch die letztere in diesem Verhältnisse nach den früher angeführten Stellen entschieden zulässig, und dasselbe muß in allen anderen Fällen gelten, wo der Vater außer Stande ist, seinen Angelegenheiten vorzustehen. Dafür haben wir noch eine ausdrückliche Stelle[1915]. Es ist daher die Behauptung Mancher, daß nach dem neuesten Rechte der Sohn nicht curator prodigi seines Vaters sein könne, unrichtig; sie beruht auf einer unhaltbaren Auslegung der in Note 1912 angeführten Stellen, wie sich schon aus den Basiliken ergiebt[1916]. h) Verhältniß des Stiefvaters. Das römische Recht kennt eine Unfähigkeit des Stiefvaters zur Vormundschaft über seine Stiefkinder nicht[1917], er muß als affinis derselben sogar vorzugsweise zum Vormunde bestellt werden. Es hat aber die irrige Meinung, daß dieses durch die Bestimmung des neueren römischen Rechtes über die Beendigung der mütterlichen Vormundschaft durch die Wiederverheurathung der Mutter aufgehoben sei, in Teutschland eine entgegengesetzte Ansicht erzeugt[1918], welche sowohl in der Praxis[1919] als in neueren Gesetzgebungen[1920] Eingang gefunden hat. Doch hat diese Ansicht niemals allgemeine Geltung gehabt; vielmehr hat sich in Folge

---

1913) L. 4. D. 27. 10.

1914) Nov. 115. cap. 3. §. 12.

1915) L. 2. D. 27. 10.

1916) Vertheidiger dieser unrichtigen Ansicht führt an Rudorff §. 73, N. 7, Bd. 2, S. 42. Die betreffende Stelle der Basiliken ist Basil. Lib. 38. Tit. 10. th. 1. Auch der alte Digestencommentator Cyrillus erklärt die L. 2. D. 27. 10. dahin, daß einem Vater der Sohn als curator prodigi bestellt werden könne. Vgl. Cyrilli index L. 2. D. cit. im Sch. *Κυρίλλου* Basil. T. III. p. 769. ed. Heimb.

1917) L. 32. §. 1. D. 1. 7. L. 2. C. V. 6. L. 3. C. V. 58.

1918) Vertheidiger derselben führt an Rudorff §. 74, N. 3, Bd. 2, S. 43.

1919) Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. def. 25. nr. 4. Böhmer, Consult. T. III. P. II. p. 792. Mevius, Decis. T. II. P. VIII. Dec. 330.

1920) Preuß. Landr. II, 18, §. 139. Cod. Max. bavar. P. I. Cap. 7, §. 3. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 8, §. 1. Altenb. Vorm.-O. §. 8. Rudolst. Vorm.-O. §. 14.

der ehelichen Güterverhältnisse in Teutschland eine besondere Vormundschaft des Stiefvaters gebildet[1921]).

CC. Excusationes voluntariae[1922]). 1) Wegen zu großer Beschwerlichkeit der Vormundschaft. a) Subjective Hindernisse. aa) Krankheit des Körpers und Geistes[1923]). Nach heutigem Rechte und manchen teutschen Gesetzen ist dies aber vielmehr ein Grund der Unfähigkeit (vgl. allgem. Theil Abschn. 4 unter III.). bb) Hohes Alter. Dieses gewährt eine Excusation von allen öffentlichen Lasten, mithin auch von der Vormundschaft. Bei letzterer tritt diese Excusation unter folgenden Voraussetzungen ein: α) was das erforderliche Alter betrifft, so befreien vom Decurionat schon 55 Jahre[1924]), was jedoch eine aus der viel größeren Lästigkeit dieses Amtes zu erklärende und auf andere munera publica nicht anwendbare Begünstigung ist. Von diesen scheint nach älterem römischem Rechte erst das 60. Jahr befreit zu haben[1925]), was in der Lex Romana Burgundionum[1926]) noch auf Tutelen angewendet wird. Später ist in Folge des Einflusses griechischer Naturphilosophie ein späterer Termin gesetzt worden. Nach dieser gilt nämlich die Vollendung der siebenten Lebenswoche oder das 70. Jahr als das Ziel des Lebens und dieser Lehrsatz bewirkte auch im Rechte, daß man erst dieses Alter als hinreichend zur Befreiung von munera civilia annahm[1927]). Nur von honores und munera patrimonialia entschuldigt dieses Alter nicht[1928]). Ein Rescript von Diocletian und Maximian[1929]) könnte die Meinung erregen, daß auch bei munera personalia das Recht später wieder geändert und die Regel des Decurionates, also Befreiung durch ein Alter von 55 Jahren, eingeführt worden sei. Nach der Angabe des Cujacius[1930]) lesen indessen statt „quinquaginta quinque annis" mehrere Handschriften der tres libri „septuaginta" und derselbe hat letztere Lesart in den Text aufgenommen. Die Gründe für die Annahme des Cujacius sind so bedeutend, daß fast alle Späteren ihr gefolgt sind. Zwar bestätigen nach

---

1921) S. Kraut, Vormundschaftsrecht Bd. 2, S. 691 flg. und den Art. Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 94 flg.

1922) Siehe den Artikel Cura Bd. III, S. 199 flg.

1923) Vgl. Tit. Cod. Qui morbo se excusant. S. den Artikel Cura a. a. O. S. 204.

1924) L. 2. §. 8. D. 50. 2.

1925) Varro Fragm. T. 1. p. 242. 243. Bip. aus Non. v. Sexagenarios. Auct. ad Herenn. II. 13. Macrob. Saturn. l. c. 5. Plin. Epist. IV. 23. Senec. de brev. vitae c. 20.

1926) Tit. 36.

1927) Macrob. in Somn. Scip. 1. c. 6. L. 2. §. 1. D. 50. 5. L. 3. D. 50. 6. L. 3. §. 6. D. 50. 4.

1928) L. 2. §. 1. D. 50. 5. L. 5. pr. D. 50. 6. L. 2. §. 8. D. 50. 2.

1929) L. 3. C. Qui aetate vel professione se excusant. (X. 50. (49.))

1930) Cuiacius, Comm. ad tres postremos libros Codicis ad dict. tit. und Comm. ad lib. 1. respons. Papiniani ad L. 8. de vacat. mun. (Opp. postum. T. I. p. 36 sq.)

der Angabe des Cujacius die Basiliken die gewöhnliche Lesart; auch spricht dafür der Verfasser der Schrift: *αἱ ῥοπαί*[1931]), der von 50 Jahren spricht. Allein dagegen entscheidend ist erstens, daß die Entstehung der Lesart LV. aus LXX. leicht sich erklären läßt, wie schon Russard und Andere bemerkt haben. Zweitens erkennen dieselben Kaiser in einem anderen Rescripte erst das 70. Jahr als zur Excusation von persönlichen Lasten hinreichend an[1932]). Endlich aber, was den Ausschlag giebt, deuten die letzteren Worte der in der Note 1929 angeführten Stelle: „cum itaque septuagenario maiorem te esse profitearis" deutlich darauf hin, daß auch in deren Anfange von einem 70jährigen Alter die Rede war. Jedenfalls steht für das Justinianeische Recht fest, daß dieses Alter zur Befreiung von der Tutel und Cura erforderlich ist[1933]). *β*) Es genügt aber nicht, daß der Vormund im 70. Jahre seines Alters stehe, sondern er muß dieses Jahr vollständig zurückgelegt haben, maior septuaginta annis sein, um excusirt werden zu können[1934]). *γ*) Auch ist es nicht hinreichend, daß er etwa erst während des Verfahrens über die Excusation dieses erforderliche höhere Alter erreicht, sondern muß schon im Augenblicke der Delation der Vormundschaft das 70. Lebensjahr zurückgelegt haben. Unter dem Augenblicke der Delation versteht man bei testamentarischen Vormundschaften die Zeit des Erbschaftsantrittes, der Erfüllung der Bedingung oder das dies oder, wenn ein necessarius heres unbedingt eingesetzt ist, den Todestag des Erblassers; bei gesetzlichen Vormundschaften den Zeitpunkt, wo der Pflegling sui iuris wird, bei obrigkeitlichen Vormundschaften den Moment des Decretes[1935]). *δ*) Der Vormund muß, wie bei allen Excusationen, so auch hier, den Beweis des vorhandenen Alters führen[1936]). Was die Wirkung und den Umfang dieses Excusationsgrundes anlangt, so war es gewiß, daß dieses Alter eine Excusation gegen noch nicht übernommene Vormundschaften gewährte. Dagegen fehlte es bis zur Entdeckung der Vaticanischen Fragmente an bestimmten Zeugnissen darüber, ob dieses Alter auch zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtigte. Die Vaticanischen Fragmente geben aber ein ausdrückliches Zeugniß über die Unzulänglichkeit der Excusation in dieser Beziehung[1937]). — Die neueren Gesetzgebungen bestätigen zum Theil das römische Recht darin, daß erst ein Alter von 70 Jahren eine Excusation gewährt[1938]), zum Theil erklären sie schon ein Alter von 60

1931) *Αἱ ῥοπαί, περὶ ν'. ἐνιαυτῶν* Cap. XLIII. ed. Zachariae p. 238.

1932) L. 10. C. de decurion. (X. 32. (31.))

1933) L. un. C. V. 68. §. 13. Inst. I. 25. L. 2. pr. §. 1. L. 15. §. 11. D. 27. 1.

1934) L. 3. D. 50. 60. L. un. C. V. 68.

1935) L. 2. pr. D. 27. 1.

1936) L. 2. §. 1. D. eod.

1937) Vat. Fragm. §. 238.

1938) Eisenach. Vorm.=O. §. 2. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 5. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 41. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 5.

Jahren für genügend[1939]). cc) Armuth. Diese entschuldigt eigentlich nur von munera patrimonii[1940]); doch excusirte sie später auch von persönlichen Aemtern, namentlich von der Vormundschaft. Quellen dieses Rechtssatzes sind nach den Vaticanischen Fragmenten, den Pandekten und Institutionen kaiserliche Rescripte, theils der Divi fratres, theils des M. Aurelius allein[1941]). Diese Excusation hat folgende Voraussetzungen: *α*) Die Armuth muß so groß sein, daß sie es dem Vormunde unmöglich macht, seine Zeit auf die Verwaltung der Vormundschaft zu verwenden[1942]); der Vormund muß also gar kein Vermögen besitzen, sondern auf seinen Verdienst zu seinem Lebensunterhalte dergestalt angewiesen sein, daß er, ohne seinen Lebensunterhalt einzubüßen, sich mit der Vormundschaft nicht befassen kann. Darauf, ob der Arme etwa als testamentarischer Vormund cautionsfrei sein würde, kommt nichts an; denn der Grund der Excusation liegt nicht in der Unmöglichkeit der Cautionsleistung, sondern in der der Verwaltung. *β*) Nach der Regel anderer munera müßte die Ursache der Excusation nicht blos zur Zeit der Vorschützung derselben vorhanden sein, sondern auch noch während des Processes fortdauern[1943]); doch ist es zweifelhaft, ob dies auch auf die Vormundschaft Anwendung findet. *γ*) Der Vormund muß die Armuth beweisen[1944]). dd) Mediocritas, rusticitas, domesticae lites. Auf diese Excusationsgründe beziehen sich mehrere Stellen[1945]). Was *α*) die mediocritas betrifft, so ist darunter mediocritas censuum oder facultatum zu verstehen, in welchem Sinne das Wort auch ohne diesen Beisatz im Theodosischen Codex vorkommt[1946]). Mediocres, *ταπεινοί*, oder nach der alten Uebersetzung humiles, sind daher die, welche nicht gerade vermögenslos (pauperes) sind, aber doch nur geringes Vermögen (censum tenuem) besitzen. Diese mediocritas gewährt nach einer epistola von Hadrian gegen die Vormundschaft eine Excusation nur unter Umständen (interdum); nach späteren kaiserlichen Constitutionen scheint sie

1939) Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 195. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1. Altenb. Vorm.-O. §. 9. Der Code civil art. 433. gewährt mit dem Alter von 65 Jahren eine Excusation gegen Uebernahme einer angetragenen Vormundschaft und berechtigt mit einem Alter von 70 Jahren zur Niederlegung einer bisher geführten Vormundschaft.

1940) L. 4. §. 2. D. 50. 4. L. 4. C. de his, qui numero liberorum etc. (X. 52. (51.))

1941) Vat. Fragm. §. 185. 240. L. 7. D. 27. 1. §. 6. Inst. I. 25. Nur Theophilus nennt die „*θειότατοι ἀδελφοὶ Σεβῆρος καὶ Ἀντωνῖνος*“ als Urheber. Allein die Worte *Σεβῆρος καὶ Ἀντωνῖνος* fehlen in der Pithou'schen Handschrift und sind wahrscheinlich durch eine ungenaue Aufnahme des Scholiums *Βῆρος καὶ Ἀντοωνῖνος* in den Text gekommen. Reitz ad Theoph. I. 25. §. 6. p. 193. not. o. Wüstemann Bd. 1, S. 202, N. 2.

1942) Vat. Fragm. §. 240. 243. L. 40. §. 1. D. 27. 1.

1943) L. 10. §. 3. D. 50. 5.

1944) Vat. Fragm. §. 240. L. 7. D. 27. 1.

1945) Vat. Fragm. §. 244. L. 6. §. 9. D. 27. 1. §. 8. Inst. I. 25.

1946) L. 27. Th. C. XI. 1.

unbedingt eine Befreiung von munera personalia und patrimonii gewährt zu haben[1947]. β) Auch rusticitas soll nach einer epistola von Antoninus Pius bisweilen entschuldigen. Rustici (ἀγροῖκοι, ἀγράμματοι) sind nicht sowohl alle Landbewohner oder Bauern, als vielmehr alle ungebildete Leute[1948]. Eine Folge der Rusticität ist daher das literas nescire, d. h. die Unkunde des Schreibens und Lesens, welche auch das angeführte Rescript ausdrücklich hervorgehoben hat; eine andere Folge ist das ius nescire, die Unkunde des Rechtes, welche in manchen Beziehungen den rusticis nicht nachtheilig ist. Entschieden können solche Eigenschaften eine Entfernung von der Tutel unbeschadet der bürgerlichen Ehre bewirken[1949]; dagegen ist es streitig, ob sie eine Excusation gewähren. Nach der Ansicht von Marcilius und Janus a Costa[1950] soll die Rusticität nur bisweilen nach älterem Rechte excusirt haben, nämlich dann, wenn der Vormund zugleich zur Geschäftsführung völlig untauglich gewesen sei, nach Justinian's Bestimmung dagegen unbedingt eine Entschuldigung bewirken, mithin auch dann, wenn er hierzu tüchtig sei. Gegen diese Erklärung spricht aber erstens, daß Justinian, wenn er das Recht geändert hätte, dies mehr hervorgehoben haben würde; zweitens, daß auch Krankheit, welche im §. 7. Inst. I. 25. genannt wird, nur bedingt entschuldigt; endlich drittens, daß in dem durch Justinian's Gesetzgebung bestimmten Rechtszustande wirklich des Schreibens unkundige Vormünder vorkommen[1951]. Ebensowenig kann die Ansicht von Duarenus und Nerius gebilligt werden, welche quamvis durch nisi erklären und die Institutionen von einer Ausnahme der Excusation verstehen, in dem Falle, wenn der Vormund ungeachtet seiner Rusticität ein unter diesen Umständen tüchtiger Geschäftsmann sei[1952]. Diese dem Sinne nach richtige Erklärung hat nämlich der Sprachgebrauch und die Paraphrase des Theophilus[1953] gegen sich. Es kann daher die Institutionenstelle nur etwa so übertragen werden: Ebenso (nämlich wie ein Kranker excusirt wird, d. h. unter Umständen, hier: wenn bei der Tutel viel Schreiberei und Rechnungswesen oder kaufmännische Geschäftsführung erforderlich ist) hat Pius rescribirt, daß auch der des Lesens und Schreibens Unkundige excusirt werden müsse, obschon (im allgemeinen, wenn die Verwaltung des Mündelvermögens nicht viel Schreiberei und Rechnerei erfordert) auch des Schreibens Unkundige zur Verwaltung von Geschäften genügen können.

1947) L. 1. §. 1. Th. C. XII. 17.

1948) Mühlenbruch, im Archiv f. civil. Praxis Bd. II. S. 446 flg.

1949) L. 3. §. 18. D. 26. 10.

1950) Zu §. 8. Inst. I. 25.

1951) Vgl. Spangenberg, tabulae negotiorum sollemnium apud Romanos p. 150.

1952) Duarenus, Disp. anniv. Lib. I c. 3. Nerius, Analecta II. 12. (in Otto, Thes. iur. T. II. p. 409.)

1953) Theoph. ad §. 8. Inst. I. 25.

Diese Erklärung stimmt sowohl mit den Pandekten als mit Theophilus und der Praxis des Justinianeischen Rechtes überein und ist auch von neueren Juristen gebilligt worden[1954]). Neuere Gesetze dagegen erklären des Schreibens Unkundige für unfähig zur Vormundschaft, außer im Nothfalle[1955]). γ) Domesticae lites kommen nur in den Vaticanischen Fragmenten als Entschuldigungsgrund vor, nicht aber in den Pandekten. Domesticae lites kann hier nicht, wie Buchholtz zu der in der Note 1945 angeführten Stelle der Vaticanischen Fragmente es thut, auch auf Processe des Pupillen mit dem designirten Vormunde bezogen werden; diese werden nicht domesticae lites heißen können. Vielmehr kann dieser Ausdruck, wie Rudorff mit Recht annimmt, nur Processe des Vormundes mit seinen Verwandten oder Schwägern bezeichnen, und das Rescript von Pius hat demnach den Sinn, daß dem Vormunde, wenn er durch Uebernahme der Vormundschaft in Processe Namens seines Pupillen gegen seine Angehörigen (domestici) verwickelt werden würde, sowohl aus Rücksicht auf ihn selbst, als auf den Vortheil des Mündels die Uebernahme dieser Vormundschaft nicht angesonnen werden soll. In diesem Sinne findet sich die Excusation auch in einer Stelle des Codex[1956]).

b) Objective Hindernisse. aa) Zahl der Vormundschaften[1957]). Die Anhäufung mehrerer Vormundschaften in Einem Hause (numerus tutelarum) kann für einen an sich fähigen und tüchtigen Vormund eine Last begründen, welche eine Excusation gegen später angetragene Vormundschaften gewährt. Ueber die zur Begründung einer solchen Excusation genügende Zahl schwankte anfänglich das Recht; Rescripte älterer Kaiser vor Sept. Severus und Caracalla und Verordnungen dieser letzteren haben indessen festere Grundsätze darüber aufgestellt[1958]). α) Der Zahl nach befreien drei gleichzeitige Vormundschaften von der Uebernahme einer vierten[1959]). Diese Zahl wird aber nicht nach den Personen der Pflegebefohlenen, sondern nach der Anzahl der zu verwaltenden Vermögen berechnet, indem ihm nur die Größe der

---

1954) Siehe die Citate bei Rudorff §. 78, N. 13, Bd. 2, S. 56. Sie ist auch im würtemb. Landr. Tit. 32, §. 5 angenommen.

1955) Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 5. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 41. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 5. Vorm.-O. §. 8.

1956) L. 23. C. V, 62.

1957) Cod. Lib. V. Tit. 69. Qui numero tutelarum. S. den Artikel Cura Bd. III, S. 203 flg.

1958) Vat. Fragm. §. 125. Eine der Constitutionen von Sept. Severus und Caracalla ist die L. un. C. V. 69.

1959) Vat. Fragm. §. 135. L. un. C. V. 69. Lex Rom. Burgund. Tit. 36. Von neueren Gesetzen erklären zwei für hinreichend das preuß. Landr. II, 18, §. 212. Oesterreich. Gesetzb. §. 195. Code civil art. 35. Andere Gesetze fordern drei Vormundschaften oder auch nur eine oder zwei wichtige. Vgl. kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 5. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 41. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 5. Vorm.-O. §. 9. Rudolst. Vorm.-O. §. 13.

zu tragenden Gefahr und Verantwortlichkeit und die Aufstellung und Ablegung mehrerer Vormundschaftsrechnungen lästig werden kann[1960]). Nach diesem Grundsatze gelten einerseits die getheilten Gütermassen Eines Pupillen, z. B. die bona Italica und provincialia, selbst dann nicht für zwei Vormundschaften, wenn auch deren Verwaltung von den zwei verschiedenen Magistraten dem Vormunde übertragen worden wäre, weil sie juristisch doch niemals als zwei verschiedene patrimonia, sondern immer nur als Theile oder Massen Eines Vermögens angesehen werden können (quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur)[1961]). Andererseits kann auch das ungetheilte Vermögen dreier oder mehrerer fratres consortes immer nur für Eine Vormundschaft gelten, weil es nur Ein patrimonium ist und nur Eine Vormundschaftsrechnung darüber geführt und abgelegt zu werden braucht[1962]). Ausnahmsweise genügt jedoch auch schon Eine Tutel zur Excusation gegen Uebernahme einer zweiten, wenn sie dem Tutor so viel zu thun giebt, wie drei gewöhnliche Tutelen; denn da man schon innerhalb derselben Tutel dem Tutor Excusation von der Verwaltung entfernter Güter verstattet, so ist sie umsomehr gegen die Uebernahme einer zweiten Tutel zuzulassen[1963]). Auf der anderen Seite genügen bisweilen auch drei verschiedene Tutelen nicht zur Begründung einer Excusation, wenn nämlich das zu verwaltende Vermögen so gering oder die Dauer der bereits verwalteten oder der soeben angetragenen vierten Tutel nur noch so kurz ist, daß der Vormund auch diese leicht noch übernehmen kann[1964]). β) Der Art der Vormundschaften nach kommen hier alle tutelae und curae in Betracht, mit welchen eine wirkliche Gefahr und Verwaltung verbunden ist. Dahin gehört nun zwar nicht die Geschlechtstutel, wohl aber die tutela und cura pupilli, sowie noch die cura adulti, furiosi und prodigi nach der Verordnung von Sept. Severus und Caracalla; auch ist es nicht nöthig, daß die drei Vormundschaften alle von derselben Art sind[1965]). Auch wird nicht verlangt, daß sie administrirt werden; vielmehr wird schon das periculum cessationis der Administration gleichgeachtet[1966]). Von den analogen Verhältnissen bei juristischen Personen soll das Amt eines logista oder curator reipublicae (λογιστεία πόλεως) nicht einmal für Eine Tutel geachtet werden[1967]), während die cura calendarii wenig-

---

1960) Vat. Fragm. §. 186. (i. e. L. 3. D. 27. 1.) 231. §. 5. Inst. I. 25. und Theophilus zu dieser Stelle. L. 31. §. 4. D. 27. 1.

1961) L. 30. §. 1. D. 27. 1.

1962) Vgl. die in Note 1960 angeführten Stellen.

1963) L. 31. §. 4. D. 27. 1.

1964) Z. B. wenn einer der Pupillen zur Zeit der Delation der vierten Tutel der Pubertät ganz nahe ist (L. 17. pr. D. 27. 1.) oder wenn der Vormund ihn von dem väterlichen Vermögen abstinirt (L. 31. §. 3. D. eod.) oder wenn die tutelae blos honorariae sind (L. 15. §. 9. D. eod.).

1965) L. 2. §. 9. D. 27. 1. Vat. Fragm. §. 125.

1966) L. 31. pr. D. 27. 1.

1967) L. 15 §. 7. D. 27. 1.

stens für Eine Tutel gerechnet wird[1968]). Das bloße periculum tutelae, welches Jemand als Bürge oder Magistrat trägt, gilt niemals einer Tutel gleich[1969]). γ) Es ist nicht nothwendig, daß dieselbe Person jene drei Vormundschaften führt, vielmehr genügt deren Verbindung in Einem römischen Hause (domus, familia oder caput). Dieser im älteren Rechte nicht ganz entschiedene Punkt ist durch eine Constitution von Sept. Severus und Caracalla fest bestimmt worden[1970]). Hat also der Hausvater oder der Haussohn oder der agnatische Bruder oder sonst Jemand aus dem Hause drei Vormundschaften oder verwalten auch drei verschiedene Mitglieder desselben Hauses zusammengenommen drei Tutelen, so kann kein Mitglied des Hauses weiter mit einer vierten belastet werden[1971]). Zweifel war darüber, ob unter diesen drei Tutelen, welche gegen eine vierte schützen, auch die des Vaters über sein emancipirtes unmündiges Kind zu rechnen sei. Es findet sich jedoch ein Rescript (wahrscheinlich von M. Aurelius) an den Tutelarprätor Fulvius Aemilianus, wodurch einem gewissen Manilius Optivus gestattet wird, die Tutel über seine emancipirte Tochter unter die drei von der vierten befreienden Tutelen mit einzurechnen. Dasselbe ist aus gleichem Grunde natürlich auch von der Tutel über einen emancipirten Sohn anzunehmen[1972]). Der Grund des Zweifels lag wohl darin, daß die legitima tutela des Vaters über das emancipirte Kind wegen des damit verbundenen Erbrechtes oder wegen des gewöhnlich unbedeutenden Vermögens des emancipirten Kindes weniger als eine Last galt, als eine Tutel über fremde und vermögende Pupillen. Dagegen kann sich der Vater auch noch nach dem neuesten römischen Rechte die Vormundschaften, rücksichtlich welcher er kein periculum zu tragen hat, nicht mit in die Zahl einrechnen[1973]). Die Gefahr trägt er nur dann solidarisch, wenn er sein Einverständniß mit der vormundschaftlichen Verwaltung des Sohnes erklärt hat (si agnovit tutelam, si voluntate eius filius administret); im entgegengesetzten Falle ist er für die Verwaltung des Sohnes zu haften nicht verpflichtet, außer wenn er ihm ein Peculium gegeben hat, wo er bis auf den Bestand des letzteren haftet. Hiernach kann der Vater auch nur diejenigen Tutelen seiner Haussöhne in die Zahl einrechnen, welche er agnoscirt hat. δ) Die Vormundschaften dürfen nicht affectatae sein, sonst zählen sie nicht mit. Affectatae sind diejenigen, welche Jemand geflissentlich gesucht oder von welcher er sich, obwohl er es könnte, nicht entschuldigt hat[1974]). Die gewöhnliche Absicht dabei wird sein, die

---

1968) Vat. Fragm. §. 128. Ueber den Grund des Unterschiedes siehe Rudorff §. 79, Bd. 2, S. 61 flg.
1969) L. 15. §. 9. D. 27. 1.
1970) Vat. Fragm. §. 127. L. 4. §. 1. D. 27. 1.
1971) Vat. Fragm. §. 190. (i. e. L. 5. D. 27. 1.) L. 4. §. 1. D. 27. 1.
1972) Vat. Fragm. §. 189. vgl. mit §. 210. L. 15. §. 16. D. 27. 1.
1973) Vat. Fragm. §. 190. i. e. L. 5. D. 27. 1.
1974) Vat. Fragm. §. 188. Ist also z. B. Jemand Tutor gewesen und

Zahl der Tutelen zu erfüllen oder sich eine Excusation zu erwerben. Daher nennen die Quellen meistens geringfügige Tutelen als affectatae oder defunctorie susceptae[1975]), was unsere Juristen gewöhnlich als ein wesentliches Merkmal in den Begriff aufnehmen. Beides ist aber auch getrennt denkbar: eine geringfügige Tutel zählt überhaupt nicht mit, wenn sie auch nicht affectirt ist, und umgekehrt ist eine Affectation als ein Verzicht auf die Excusation auch dann zu betrachten, wenn die affectirte Vormundschaft beträchtlicher und deshalb vielleicht aus noch schlechteren Beweggründen nachgesucht ist[1976]). ε) Die drei Vormundschaften müssen auch wirklich schon begonnen haben und andererseits noch nicht wieder beendigt sein[1977]). Wichtige praktische Anwendungen dieses Satzes enthält eine Stelle des Paulus[1978]). In dem Proömium dieser Stelle wird von folgendem Falle ausgegangen. Ein Vormund, welcher schon drei Tutelen verwaltet, wird durch zwei auf einander folgende Decrete noch zu einer vierten oder fünften berufen. Vor der näheren Begründung seiner vorgeschützten Excusation stirbt einer der drei ersten Pupillen. Von diesem Moment an kann er sich gegen die vierte Tutel nicht mehr entschuldigen. Der Grund ist folgender: Das Decret, welches ihm diese vierte Tutel übertrug, war ipso iure schon anfangs giltig, obgleich er excusationsfähig war; nur konnte er eine Excusation dagegen vorschützen. Dies kann er seit dem Tode des einen Pupillen nicht mehr; mithin muß er sofort die vierte Tutel übernehmen oder das periculum cessationis tragen. Dagegen kann er sich allerdings gegen die fünfte Tutel entschuldigen[1979]), so daß er diese erst im Falle der Versäumniß der Fristen dieser Excusation übernehmen muß, indem er dadurch, daß die vierte Tutel in die Stelle der dritten eingerückt ist, nun wieder die zur Excusation genügende Zahl besitzt. Der gegen die Zulässigkeit dieser Excusation mögliche Einwand, daß ja nur solche Tutelen, welche Jemand wirklich verwaltet, mitgezählt werden können, würde den gegenwärtigen Fall gar nicht berühren, indem er nur den Sinn hat, daß eine tutela non delata seu finita nicht mitzählt, nicht aber den, daß die drei Vormundschaften auch noch wirklich verwaltet werden

---

entschuldigt sich nunmehr von der Cura nicht oder er abscribirt sich selbst im Testamente die Tutel, so hat er sie affectirt. Vgl. die angeführte Stelle.

1975) L. 15. §. 15. D. 27. 1. L. un. C. V. 69.

1976) L. 18. §. 1. D. 48. 10. L. 9. D. 26. 1. L. 21. §. 6. D. 26. 5.

1977) Vat. Fragm. §. 126. Cf. L. 17. pr. D. 27. 1. L. 8. §. 10. D. eod. L. un. C. V. 69.

1978) L. 31. pr. — §. 3. D. 27. 1. Sie steht in Basil. Lib. 38. Tit. 1. cap. 30 und in den Scholien dazu ist enthalten der iudex der L. 31. pr. §. 1. 2. von Dorotheus (Sch. *Ἐὰν τρεῖς* T. III. p. 694.) und des Cyrillus (Sch. idem a. v. *Κυρίλλου*). Ausführlich erläutert ist diese Stelle von Cuiacius, Comm. in lib. VI. Quaest. Pauli ad h. t. (Opp. postum. T. II. p. 1094.) Ant. Faber, Iurispr. Pap. scient. XXIV. 1. 2. p. 1101. Pothier, Pand. Inst. T. II. h. t. N. XII. Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 7 flg.

1979) L. 6. pr. D. 27. 1.

müßten, um entschuldigen zu können. Vielmehr genügt deren bloßes Dasein und das periculum cessationis steht der wirklichen Administration ganz gleich. Da nun in unserem Falle dem Vormunde vom Tode des dritten Pupillen an das periculum cessationis der vierten Tutel zur Last fiel, so mußte er natürlich von derselben, wenn er sich gleich noch nicht mit deren Verwaltung befaßt hatte, auch eine Excusation gegen die fünfte entlehnen können. Ganz derselbe Fall läßt sich nun aber auch denken, wenn ein bereits mit drei Tutelen belasteter Vormund nun noch in zwei verschiedenen Testamenten zu einer vierten und fünften berufen wird. Dieser Fall unterscheidet sich von dem ersten nämlich hauptsächlich nur durch den verschiedenen Zeitpunkt der Delation. Während es bei den obrigkeitlichen Tutelen, um zu bestimmen, welche die vierte und welche die fünfte ist, nur auf das Alter des Decretes ankommt, ist dagegen bei testamentarischer Delation darauf zu sehen, aus welchem Testamente die Erbschaft zuerst angetreten ist oder wenn der Tutor bedingt ernannt ist, darauf, welche Bedingung zuerst eintrat; keinesfalls aber auf die Zeit der Eröffnung des Testamentes, indem diese zwar seit der lex Papia Poppaea der regelmäßige Zeitpunkt der Delation und des vorläufigen Erwerbes ist, aber nur bei vererblichen Rechten, zu welchen die Tutel nicht gehört. Mit jener verschiedenen Bedeutung der vierten und fünften Tutel in Rücksicht der Excusation hängt eine von Paulus am Schlusse beiläufig berührte wichtige Verschiedenheit rücksichtlich des Anfangspunktes des periculum cessationis zusammen. Nämlich bei der vierten (tertia bedeutet hier diejenige, welche ursprünglich die vierte war) trifft dasselbe den Tutor sofort vom Tode des dritten Pupillen an (ex quo datus est), weil er sich nicht mehr entschuldigen kann. Bei der fünften, gegen welche er sich noch entschuldigen konnte, trifft es ihn erst von dem Decrete an, welches, nachdem er sich nicht entschuldigt hat, ihm die Administration nun wirklich anbefiehlt. Sollte ihm mithin dieses Decret auch eher zugefertigt sein, als in Rücksicht der vierten ein ähnliches erfolgte (licet in quarta (olim quinta) prius detentus sit), so trägt er also dennoch das periculum der letzteren (vierten) schon von jenem früheren Zeitpunkte an. Uebrigens steht dem Tode eines Pupillen auch die Abstention desselben vom väterlichen Nachlasse gleich, wie Paulus am Schlusse bemerkt. Dagegen gilt eine noch unentschiedene Tutel ebensowenig einer noch nicht deferirten oder bereits beendigten als einer entschieden giltigen gleich, sondern hier soll nach einer Constitution von Sept. Severus und Caracalla der Vormund, während die Appellation wegen der dritten schwebt, überall nicht mit einer vierten belastet werden, weil er sonst im Falle einer bestätigenden Entscheidung in der Appellationsinstanz mit vier Tutelen belastet werden würde, indem er sich inzwischen von der vierten nicht entschuldigt hätte, folglich diese ihn binden würde[1980]). Werden beide Vormundschaften dem mit

1980) L. 4. pr. D. 27. 1.

zwei anderen Belasteten, wie bisher vorausgesetzt war, nicht zu verschiedenen Zeiten, sondern zu gleicher Zeit deferirt, so muß bei obrigkeitlicher Bestellung die Obrigkeit bestimmen, welche übernommen werden und gegen welche von beiden Excusation eintreten soll[1981]). bb) Entfernung des Geschäftskreises des Vormundes. Die Belastung eines Fremden oder entfernt Wohnenden mit einer Vormundschaft, welche von näher Wohnenden mit geringerer Zeit und Kosten und sorgfältiger verwaltet werden kann, erscheint unzweckmäßig. Daher finden in Fällen dieser Art folgende Excusationen statt: α) Wird Jemand an einem anderen als seinem Wohnorte zum Vormunde bestellt, so gewährt ihm dies nach einem Rescripte von Sept. Severus und Caracalla ganz allgemein eine Excusation[1982]). Die Excusation ist eine freiwillige, also innerhalb der gehörigen Nothfristen vorzubringen[1983]). β) Wird Jemand zwar an seinem Wohnorte zum Tutor oder Curator bestellt, ein Theil des von ihm zu verwaltenden Vermögens liegt aber zu weit von demselben entfernt, und er ist nicht schon von Haus aus nur für das in der Nähe gelegene Vermögen allein verpflichtet (was freilich bei testamentarischer Bestellung nicht möglich und auch bei obrigkeitlicher nicht zu vermuthen ist)[1984]), so kann er sich von der Verwaltung der zu entfernt liegenden Güter excusiren oder, wenn er dieses versäumte, wenigstens unter Umständen um Zuordnung von Curatoren bei der zuständigen Behörde ansuchen[1985]). Die Excusation kommt in folgenden einzelnen Anwendungen vor. αα) Wer in der urbica dioecesis wohnhaft ist und in Rom zum Tutor bestellt wird, kann sich von der Verwaltung des in dem übrigen Italien und in den Provinzen gelegenen Vermögens excusiren[1986]). Ebenso braucht, nach einer Verordnung von Sept. Severus und Caracalla kein römischer Senator sich der Verwaltung von Vermögen, welches 200 römische Meilen von Rom entfernt liegt, zu unterziehen. Zur Verwaltung dieser entfernteren Vermögensstücke bestellt der Tutelarprätor Tutoren oder Curatoren aus dem Ritterstande, und dies gilt sowohl bei testamentarischer als bei obrigkeitlicher Bestellung eines Senators zum Tutor oder Curator[1987]). Im Justinianeischen Rechte hat man diese Bestimmungen, nach dem Verluste der alten Hauptstadt, durch Interpolation auf Constantinopel oder die Provinzen übertragen, so daß man sich von der Verwaltung über 100 Meilen entfernter Güter entschuldigen kann, außer wenn dieselben noch in derselben Provinz liegen[1988]). Auch bei der Excusation

1981) L. 6. pr. D. 27. 1.

1982) L. 46. §. 2. D. 27. 1. Diese Excusation kommt in verschiedenen einzelnen Anwendungen vor. Vgl. Rudorff §. 80, Bd. 2, S. 71 flg.

1983) L. 30. §. 1. D. eod. L. 19. §. 1. D. 5. 1.

1984) L. 2. C. V. 62. L. 21. §. 2. D. 27. 1.

1985) L. 13. §. 3. D. 27. 1. L. 11. C. V. 62.

1986) Vat. Fragm. §. 205.

1987) Vat. Fragm. §. 147.

1988) L. 21. §. 2. D. 27. 1.

der Senatoren hat man, statt 200, 100 römische Meilen von Constantinopel der Gleichförmigkeit wegen interpolirt[1989]. ββ) Ein in Italien Domicilirter braucht nach einer Constitution von Sept. Severus und Caracalla kein in der Provinz gelegenes Vermögen zu verwalten[1990]. γγ) Wer in der Provinz ernannt ist, kann sich von der Verwaltung der in einer anderen Provinz liegenden Güter des Pflegebefohlenen nach einem Rescript von Sept. Severus und Caracalla, welches jedoch nur von testamentarischer Tutel handelt, excusiren[1991]. δδ) Dagegen kann man sich blos deshalb, weil die Person oder das Vermögen des Pupillen sich in einer anderen Stadt derselben Provinz befindet, nicht von der Tutel entschuldigen[1992]. γ) Ist Jemand an seinem Wohnorte zum Vormunde bestellt, hat aber mit kaiserlicher Erlaubniß denselben verändert, so befreit ihn dieses Rescript sogar von der Fortführung der bereits angetretenen Vormundschaft[1993]. — Eine spätere Vermehrung des Vermögens des Pupillen giebt dem Tutor zwar keine Excusation von der Verwaltung dieses Zuwachses, wohl aber das Recht, die Zuordnung eines Curators zu verlangen[1994]. Neuere Gesetze versetzen diese Excusation unter die nothwendigen[1995]. cc) Dauer der Administration. Nach Gajus ist die Geschlechtstutel deshalb lästig, weil sie mit der Pubertät nicht aufhört[1996]. Auf gleicher Ansicht scheint das Rescript von Sept. Severus und Caracalla an den Polus Terentianus[1997] zu beruhen, nach welchem ein tutor oder curator pupilli[1998], wenn er durch Testament oder von der Obrigkeit zugleich zum curator minoris über dieselbe Person ernannt wird, nicht gezwungen werden soll, wider seinen Willen auch diese Curatel zu übernehmen[1999]. Auch Diocletian hat diese Excusation bestätigt[2000]. Die Fristen derselben laufen übrigens selbst dann, wenn im Testamente dem Vormunde

---

1989) L. 21. §. 3. 4. D. eod.

1990) L. 19. D. eod. L. 2. C. V. 62.

1991) L. 111. D. 30. zusammenhängend mit L. 21. D. 27. 1. L. 10. §. 4. D. 27. 1.

1992) Nur die Einwohner von Ilium oder Troja haben wegen Stammesverwandtschaft mit den Römern durch Senatusconsulte und Constitutionen die vollständigste Immunität erhalten, welche Antoninus Pius in Bezug auf die Vormundschaft dahin ausgelegt hat, daß sie sich von der Tutel über alle auswärtigen Pupillen excusiren können. L. 17. §. 1. D. 27. 1.

1993) L. 12. §. 1. D. 27. 1. vgl. mit Basil. Lib. 38. Tit. 1. cap. 12. th. 3. S. das Nähere im Artikel Cura Bd. III, S. 202.

1994) L. 5. C. V. 36. L. 9. §. 9. L. 39. §. 7. D. 26. 7. L. 11. C. V. 26.

1995) Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 150, 151. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 8, §. 1. Altenb. Vorm.-O. §. 8.

1996) Gai. I. 168.

1997) So Vat. Fragm. §. 200.

1998) L. 25. D. 26. 5.

1999) Vat. Fragm. §. 188. 200. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 27. §. 2. §. 18. Inst. I. 25. und Theoph. zu dieser Stelle. L. 17. pr. D. 27. 1.

2000) L. 20. C. V. 62.

die Verwaltung gleich bis zum 25. Jahre übertragen sein sollte, nicht von der Eröffnung des Testamentes, sondern erst von dem Decrete an, wodurch der Curator bestätigt oder gegeben wird[2001]. In Teutschland fällt nach demjenigen, was früher über die Entwickelung der Altersvormundschaft bemerkt worden ist, dieser Entschuldigungsgrund in der Regel weg.

2) Wegen des öffentlichen Interesse. a) Magistraturen, potestates, curationes[2002]. Nach mehreren Stellen des römischen Rechtes können diejenigen, welche einen honor oder eine potestas bekleiden, sich wenigstens von deferirten Vormundschaften excusiren[2003]. So bekannt im allgemeinen die staatsrechtlichen Unterschiede zwischen magistratus, potestas, curatio, officium, munus und ministerium publicum aus den leges repetundarum sind[2004], so ist doch die Bedeutung der in den angeführten Stellen gebrauchten allgemeinen Ausdrücke sehr bestritten[2005]. Unter den verschiedenen Meinungen ist mit Rudorff die des Montanus, welcher die angeführten Ausdrücke auf alle höheren und niederen Magistrate bezieht, die richtige, wie folgende Uebersicht der einzelnen Fälle ergiebt: aa) Magistratus Romani. Bei den maiores unter ihnen wird die Nothwendigkeit der Excusation deshalb bezweifelt, weil hier die datio tutoris schon ipso iure nichtig gewesen sei. Nun können zwar allerdings nach ausdrücklichen Stellen die, welche zu Rom Magistrate sind, während der Dauer des Amtes nicht zu Tutoren bestellt werden[2006]. Dies bezieht sich aber blos auf Bestellung durch die Obrigkeit, während im Testamente und durch Gesetz selbst der Consul und Prätor giltig zum Tutor ernannt werden können[2007]. Freilich kann er während seines Amtsjahres für seinen Pflegling nicht klagen und verklagt werden[2008]; dies hindert ihn aber nicht an der Verwaltung des Vermögens desselben und befreit ihn auch nicht von dem periculum cessationis. Er bedarf also wirklich in solchen Fällen einer Excusation, und daß eine solche ihm versagt sein sollte, ist bei den allgemeinen Ausdrücken der angeführten Stellen und da sie selbst den magistratus minores zusteht, nicht denkbar. Die magistratus minores

---

2001) L. 16. C. V. 62.

2002) de Toullieu, Diss. de iure sese a tutela vel cura excusandi ob magistratum. Groning. 1737. d'Arnaud, Var. coniect. iur. civ. Lib. II. cap. 10.

2003) L. 17. §. 5. L. 22. §. 1. D. 27. 1. §. 3. Inst. I. 25.

2004) L. 1. pr. D. 48. 11.

2005) Montanus c. 35. 1. n. 100 sq. versteht die potestas ganz allgemein von jedem honor, höheren und niederen Magistraturen, Ant. Faber, Iurispr. Pap. Scient. 24. 1. 3. p. 1119. und Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechtes Bd. 1, S. 906 beziehen sie blos auf magistratus maiores, Otto, de aedil. colon. c. 14. §. 3. nur auf Provinzialmagistrate, Giphan. Comm. in Instit. ad §. 3. de excusat. I. 25. de Toullieu l. c. d'Arnaud l. c. Glück, Erl. der Pand. Bd. 31, S. 275 nur auf magistratus minores.

2006) Vat. Fragm. §. 146.

2007) L. 20. §. 1. D. 26. 2.

2008) L. 48. D. 5. 1.

hingegen können allerdings auch vom Prätor giltig zu Tutoren ernannt werden; eine Excusation haben sie aber ebensogut wie die höheren[2009]). bb) Magistratus municipiorum, coloniarum etc. Magistrate in den Municipien können nicht blos, wie die römischen, durch Testament oder von höheren Magistraten, sondern auch von ihren Collegen, ja selbst vom ordo giltig zu Vormündern bestellt werden[2010]). Sie können sich aber während ihres Amtes von der Tutel excusiren[2011]). Denn es ist allgemeine Regel der Municipalverfassung, daß zwar wohl einem mit einem munus Belasteten ein honor, nicht aber umgekehrt einem honoratus ein munus auferlegt werden kann[2012]). Unter den magistratus werden im Zweifel die Duumvirn verstanden; allein nach dem allgemeinen Ausdrucke des Callistratus[2013]) steht auch den übrigen honoratis dasselbe Recht zu, und selbst die Defensoren haben eine vocatio von den öffentlichen Lasten, also auch wohl von der Tutel[2014]). cc) Magistratus provinciales. Auch diese haben während ihrer Amtsführung eine Excusation von Tutelen und Curatelen; ebenso die späteren kaiserlichen Statthalter und Procuratoren und ihr Gefolge[2015]). In Teutschland gewähren überhaupt nach manchen Gesetzen mühsame öffentliche Aemter, welche man bekleidet, eine Excusation[2016]). In manchen teutschen Staaten ist dagegen den Justizbeamten mit Einschluß der Actuarien die Uebernahme einer Vormundschaft sogar verboten[2017]), ein Verbot, welches in der diesen obliegenden Geschäften der Obervormundschaft seinen Grund hat. b) Senatorwürde. Jeder Reichssenator (senator populi Romani, συγκλητικός) hat eine Excusation rücksichtlich der Sachen, welche über 200 oder nach den Pandekten über 100 Meilen von Rom, später von Constantinopel entfernt liegen (siehe vorher unter b. bb.). Ebenso kann jeder Reichssenator die Vormundschaft über Ungenossen, nicht aber die über Genossen und deren Kinder ablehnen und

2009) Dies gilt zunächst von den Aedilen. L. 17. §. 4. D. 27. 1.; dann von dem Praefectus annonae und vigilum, obschon diese keine eigentlichen Magistratus, sondern vielmehr officia bekleiden. L. 41. §. 1. D. eod.; ebenso von jeder vom Kaiser übertragenen curatio. L. 22. §. 1. D. eod. Ein Beispiel liefern die curatores viarum. Vat. Fragm. §. 136.

2010) L. 19. §. 1. D. 26. 5.

2011) L. 6. §. 16. D. 27. 1.

2012) L. 10. D. 50. 4.

2013) L. 17. §. 5. D. 27. 1.

2014) L. 10. §. 4. D. 50. 5. Die defensio hatte aber damals eine andere Bedeutung als spätere. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes Bd. 1, S. 88, 2. Ausg.

2015) §. 3. Inst. I. 25. L. 12. §. 1. D. 50. 5. Das Nähere über die Voraussetzungen, unter welchen alle diese Aemter eine Excusation gewähren, siehe in dem Artikel Cura Bd. III, S. 200.

2016) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1. Eisenach. Vorm.-O. §. 2. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 5. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 41. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 5. Rudolst. Vorm.-O. §. 13.

2017) So im Großherzogthum S. Weimar-Eisenach. Vgl. Heimbach, Lehrb. des sächs. Privatr. §. 149, N. 4.

niederlegen. Selbst dann, wenn der Vater dieser letzteren Kinder ein Senator geringeren Ranges wäre als der Vormund, hat er keine Excusation, z. B. wenn der Vormund ein Consularis, Praetorius, Praefectorius, der Vater hingegen kein Dignitarius war; denn eine bloße Dignität begründet, bei übrigens völliger Gleichheit des Standes, an und für sich keine Excusation[2018]). Nach Constitutionen und nach einem Senatusconsult aus unbekannter Zeit[2019]) haben auch Freigelassene von Senatoren, wenn sie Geschäftsführer ihrer Patrone sind, das besondere Vorrecht, sich von der Vormundschaft entschuldigen zu dürfen[2020]). Doch ist dieses Privilegium streng ausgelegt worden und dabei an folgende Voraussetzungen gebunden: aa) der Geschäftsführer muß seinem Stande nach libertinus sein; durch das ius aureorum annulorum, wodurch er in den Stand der Freigeborenen übergeht, wird er also des Privilegiums verlustig[2021]); bb) er muß Freigelassener eines Senators des römischen Volkes sein; den Freigelassenen der Senatorenfrauen steht dieses Recht nicht zu[2022]); cc) er muß die Geschäfte seines Patrons als procurator omnium bonorum desselben besorgen; die Führung der Tutel über die Kinder des Patrons befreit ihn nicht von anderen Tutelen[2023]); dd) in jedem Hause eines Senators hat nur Ein Freigelassener das Privilegium, wenn etwa mehrere zu Procuratoren bestellt sein sollten[2024]). Weit ungünstiger stehen die Curialen oder Decurionen (*βουλευταί*) rücksichtlich der Excusationen. Es steht ihnen nämlich keine Excusation von der Tutel über Kinder von Ungenossen zu[2025]), mit Ausnahme der Kinder der Senatores illustres, d. h. Reichssenatoren ersten Ranges, welchen sie nach einer Constitution von Valentinian II., Theodosius I. und Arcadius von 393 gar nicht zu Vormündern bestellt werden sollen[2026]). Nur die zum Collegium der sex primi gehörigen Decurionen hatten wenigstens dann, wenn sie bereits eine Tutel verwalteten, eine Excusation gegen die Uebernahme einer zweiten Vormundschaft[2027]), wovon der Grund darin liegt, daß der Sexprimat oder die Decaprotie selbst ein sehr lästiges munus mixtum ist[2028]). c) Absentia reipublicae causa[2029]). Der Begriff

2018) L. 15. §. 2—4. D. 27. 1.
2019) L. 17. §. 1. D. 50. 1.
2020) Vat. Fragm. §. 131. L. 17. §. 1. D. 50. 1. Sonst werden Freigelassene aus Rücksichten auf die ihrem Patron schuldigen operae oder ministeria nicht excusirt. L. 17. pr. D. eod.
2021) L. 44. §. 3. D. 27. 1.
2022) L. 15. §. 8. D. 27. 1.
2023) L. 43. D. 27. 1.
2024) Vat. Fragm. §. 132. 133. L. 13. C. V. 62.
2025) L. 22. D. 26. 5.
2026) L. 2. C. V. 33.
2027) Vat. Fragm. §. 124.
2028) L. 18. §. 26. D. 50. 4. L. 10. C. V. 62.
2029) Cod. Lib. V. Tit. 64.: Si tutor vel curator reipublicae causa aberit. Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 201 flg.

der absentia reipublicae causa, sowie er in der Lehre von der Restitution aufgestellt wird, ist auf die Lehre von der Excusation nicht unbedingt anwendbar, da hier nicht jede entschuldbare Abwesenheit, sondern nur Abwesenheit in Geschäften des römischen Staates berücksichtigt wird[2030]. Wer als in solchen Geschäften abwesend betrachtet wird, ist schon in einem früheren Artikel erwähnt worden. Als absentes reipublicae causa gelten nicht diejenigen, welche blos in Angelegenheiten einer Stadt[2031] oder gar nur in ihren Privatgeschäften verreist sind, wenn sie sich auch eine legatio libera haben ertheilen lassen[2032], und noch viel weniger ihre hinterlassenen Geschäftsführer[2033]. Die Excusationsprivilegien der Abwesenden sind folgende: aa) das Recht einer vollständigen Niederlegung der bereits vor der Abwesenheit geführten Vormundschaft steht denjenigen zu, welche in Staatsgeschäften über See verreisen wollen oder für immer verbannt werden; die bisherige Tutel erlischt aber auch hier nicht schon mit der Abreise, sondern erst durch Anstellung eines Tutors anstatt des Abwesenden[2034]; bb) jeder Andere, welcher zwar in Staatsgeschäften, aber nicht über See verreist oder auch nur auf eine Zeit lang verbannt wird, ist nur zur Niederlegung einer bereits vorher verwalteten Tutel und Cura für die Zeit seiner Abwesenheit berechtigt[2035]. Anstatt des Abwesenden wird daher sofort ein Anderer zur Führung der vormundschaftlichen Angelegenheiten bestellt, welcher bald ein Curator oder Actor, bald ein Tutor ist. Im ersten Falle dauert die Tutel des ordentlichen Tutors fort, im zweiten erlischt sie durch Anstellung des interimistischen Tutors, so daß gegen den Abwesenden die actio tutelae angestellt werden kann. Kehrt der Abwesende nicht zurück, so dauert die interimistische Tutel bis zur Pubertät fort; im Falle der Rückkehr des Abwesenden hört die Tutel des interimistischen Tutors auf und es kann gegen diesen die actio tutelae angestellt werden (vgl. Abschnitt II. Abth. 4. A. CC. 2. b. lit. γ.). Der zurückkehrende Tutor aber muß ungesäumt die vorige Tutel und die Verantwortlichkeit dafür wieder übernehmen, ohne auf eine anni vacatio Anspruch zu haben, da sich diese nur auf neue Tutelen bezieht[2036]. Der ganze Vortheil dieser Excusation ist demnach nur der, daß der Abwesende für die Zeit der Abwesenheit von der Verantwortlichkeit als Tutor befreit wird. Hätte sich der Vormund nicht excusirt, so hätte er auch diese Verantwortlichkeit, jedoch mit Vorbehalt der exceptio excussionis des tutor gerens. Nun aber findet

---

2030) L. 10. pr. D. 27. 1.

2031) Wegen L. 21. §. 4. D. 27. 1. Vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft §. 50, N. 23, Bd. 1, S. 375. S. L. 8. D. 50. 7.

2032) L. 14. D. 50. 7.

2033) L. 5. C. de excusat. mun. (X. 48. (47.))

2034) L. 11. §. 2. D. 4. 4. L. 29. pr. D. 27. 1.

2035) Vat. Fragm. §. 135. §. 2. Inst. I. 25. L. 28. §. 2. D. 27. 1. L. 32. §. 7. D. 26. 7.

2036) §. 2. Inst. I. 25. L. 10. §. 2. D. 27. 1. L. 1. C. V. 36.

wegen des während seiner Abwesenheit Geschehenen oder Versäumten überall kein Anspruch gegen ihn statt[2037]). Vom Augenblicke der Rückkehr an trifft ihn das periculum von neuem ipso iure, ohne daß der interimistische Vormund nöthig hätte, den Zurückkehrenden zur Wiederübernahme der Verwaltung besonders aufzufordern und anzutreiben, obgleich es für Ersteren rathsam ist, dies zu thun[2038]). cc) Der Abwesende wird während seiner Abwesenheit vor der Uebernahme jeder während dieser Zeit ihm deferirten Vormundschaft entschuldigt; die Excusation richtet sich nach der Dauer der Abwesenheit, und wirkt also, wenn diese vorübergehend ist, auch nur auf eine Zeit lang[2039]). dd) Der in Staatsgeschäften Abwesende hat nach seiner Rückkehr eine annalis vacatio von allen neuen Tutelen. Dies scheint ursprünglich nur bei Soldaten gegolten zu haben; später hat man es auf alle in Staatsangelegenheiten Abwesende angewendet[2040]). Obgleich Gesandte nach einer Constitution von Sept. Severus und Caracalla eine biennii vacatio haben, so wird doch nicht gesagt, daß sich dieselbe auf die Tutel bezieht[2041]). Näher zu bestimmen sind bei dieser anni vacatio erstens der Begriff der neuen Tutelen und zweitens die Berechnung des Jahres. Der Begriff der neuen Tutelen kann nur hinsichtlich solcher Tutelen zweifelhaft sein, deren Verwaltung bereits vor der Abwesenheit einmal vom Tutor geführt, durch diese aber unterbrochen worden ist. Ein hierher gehöriges Beispiel wird von Tryphoninus angeführt[2042]). Hat Jemand in seinem Testamente so verfügt: Titius tutor esto: cum reipublicae causa abierit, tutor ne esto: cum redierit, tutor esto, so sind hier dem Titius zwei verschiedene Tutelen übertragen. Die erste ist hinsichtlich des Anfanges eine pura, sie hat aber einen Endtermin, mit welchem sie erlischt. Die zweite hat einen Anfangstermin, nämlich den Tag der Rückkehr; sie beginnt mit diesem, nicht mit dem Tage des Erbschaftsantrittes. Beide Tutelen sind von einander dergestalt unabhängig, daß die letztere als eine zweite und neue, nicht als eine Fortsetzung der ersteren erscheint. Dieses Sachverhältniß ist nun auch von Folgen für die Excusationen. Sowohl das ius liberorum, als die Abwesenheit selbst gewähren nur Excusationen oder einen annus vacationis für neue Tutelen, entschuldigen aber in der Regel nicht von bereits übernommenen Tutelen. Dies auf den vorliegenden Fall angewendet muß man sagen, daß, wenn Titius zwischen der ersten und zweiten Tutel eine Excusation erwirbt, er sich derselben bedienen kann, ja daß ihn die Abwesenheit selbst gegen die Uebernahme der zweiten Tutel entschuldigt, weil diese nicht als Fortsetzung der ersten, sondern als eine gänzlich da-

2037) L. 1. C. V. 64.
2038) L. 1. C. V. 36. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1.
2039) §. 2. Inst. I. 25. Vat. Fragm. §. 222. L. 21. §. 3. D. 26. 5.
2040) L. 10. pr. §. 1. 2. D. 27. 1. §. 2. Inst. I. 25. L. 2. C. V. 64.
2041) L. 8. §. 1. D. 50. 7.
2042) L. 45. §. 1. D. 27. 1.

von verschiedene zweite erscheint. Alles dieses verhält sich gerade umgekehrt, wenn der Erblasser die Anordnung so getroffen hat: Titius filiis meis, quod reipublicae causa non abierit, tutor esto. Denn hier will er ihm offenbar nicht mehrere Tutelen, die eine ad diem, die andere ex die, sondern nur Eine übertragen, welche nur während der Abwesenheit in Staatsgeschäften suspendirt sein soll[2043]). Uebernimmt also dieser Tutor die Tutel, ist aber dann eine Zeit lang abwesend, so kommt ihm weder eine andere unterdessen erworbene Excusation, noch auch der annus vacationis zu Statten, weil alle diese Excusationen nur auf neue Tutelen Bezug haben, die nach der Rückkehr übernommene Tutel aber nur eine Fortsetzung der alten ist[2044]). Den zweiten Punkt, die Berechnung der Zeit anlangend, so beginnt das Jahr von dem Zeitpunkte an zu laufen, wo der Abwesende zurückgekehrt ist oder zurückgekehrt sein könnte, wenn er sich nicht unnützer Weise und zu seinen Privatzwecken unterwegs aufgehalten hätte. Er gilt daher nicht gleich mit dem Augenblicke der Beendigung seines Auftrages als gegenwärtig; auch soll er sich nicht auf der Rückreise übereilen; aber mit Ablauf der Zeit, in welcher er die Rückreise gemächlich vollenden konnte, wird er als gegenwärtig betrachtet. Zu diesem Ende werden nach Analogie der lex Iulia vicesimaria ihm täglich 20 römische Meilen zu Gute gerechnet[2045]). Ein längerer Aufschub kann durch Krankheit und unverschuldete Hindernisse gerechtfertigt werden[2046]). Freilich fängt auch mit einer früheren Rückkehr vor dem Ablaufe der zugemessenen Zeit auch der annus vacationis sofort an. Hinsichtlich der einzurechnenden Tage ist dieses Jahr ein tempus continuum[2047]). Die Excusation wegen Abwesenheit, wenigstens in den beiden zuletzt genannten Anwendungen, findet sich auch im preußischen Landrechte sowie auch in anderen neueren Gesetzgebungen[2048]). d) Consiliarii Principis. Früher hatten die Mitglieder des consilium, consistorium oder auditorium Principis keine Excusation von Tutelen, da ihr Amt keine Magistratur war und eine bloße dignitas ohne Einfluß auf die Excusation sein sollte. Dies änderte sich unter Sept. Severus und Caracalla, welche den allgemeinen Grundsatz aufstellten, daß Juristen mit ihrem Eintritte in das consistorium Principis nicht nur eine Excusation gegen künftige Tutelen erwerben, sondern auch eine schon früher verwaltete Tutel niederlegen dürfen und zwar auf immer und ohne Rücksicht auf den Ort der Tutel, weil der ihnen ertheilte kaiserliche Auftrag sie ganz in Anspruch nimmt und zugleich hinsichtlich der Zeit und des Ortes keine bestimmten Grenzen hat[2049]). Von Gra-

2043) L. 3. §. 9. D. 26. 10.: quasi una tutela sit, habens intervalla.
2044) L. 45. pr. D. 27. 1.
2045) L. 38. §. 1. D. 4. 6.
2046) L. 4. D. 50. 5.
2047) L. 10. §. 3. D. 27. 1.
2048) Preuß. Landr. II, 18, §. 206, Nr. 6. Code civil art. 427. nr. 5. art. 428. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1.
2049) L. 11. §. 2. D. 4. 4. L. 30. D. 27. 1.

tian, Valentinian II. und Theodosius I. sind diese Privilegien wenigstens für die Mitglieder des kaiserlichen Rathes bestätigt worden, welche den Rang der Comites sacri consistorii haben[2050]). Nach neueren Gesetzgebungen haben die wirklichen landesherrlichen Räthe und höheren Beamten wenigstens eine Excusation gegen deferirte Vormundschaften[2051]). e) Silentiarii. Unter dem Namen silentiarii sacri palatii kommen am byzantinischen Kaiserhofe gewisse dem magister officiorum untergebene Hofbeamte vor, welche für Erhaltung der Ordnung und Ruhe im kaiserlichen Palaste zu sorgen hatten. Sie erhielten durch Anastasius im Jahre 500 die Befreiung von Vormundschaften[2052]), weil der kaiserliche Dienst sie ganz in Anspruch nehme. f) Procuratores Caesaris, actores, exactores tributorum, arcarii Caesariani. Auch die Verwaltung des kaiserlichen Privatvermögens gewährt für die Zeit ihrer Dauer eine Excusation. Hierher gehört zunächst das Amt eines procurator Caesaris, rationalis, catholicus oder catholicianus in seinen verschiedenen Anwendungen auf res fisci und res privatae Principis. Dieser Grundsatz ist schon von M. Aurelius ausgesprochen worden[2053]). Hermogenian wiederholt ihn mit dem Zusatze, daß es zu dieser Excusation nicht einmal einer Bestellung (codicilli) bedarf[2054]); daher steht dieselbe nach einem Rescripte von Alex. Severus auch allen Steuereinnehmern (exactores tributorum) zu, welche doch gewöhnlich ohne besondere Anstellung waren[2055]), da die exactio tributorum als einfaches munus patrimonii, nicht als ein Staatsamt, galt[2056]). Nach den Vaticanischen Fragmenten haben auch die arcarii Caesariani, welche ihre Banken auf dem Forum Trajan's haben, kraft wiederholter kaiserlicher Verordnungen, eine Excusation[2057]). Im Justinianeischen Rechte ist die Excusation der arcarii Caesariani nicht mit aufgeführt, weil sie sich auf das alte Rom bezog und mit den veränderten Verhältnissen weggefallen war. Nach teutschen Particulargesetzen haben die Verwalter des Fiscus und des fürstlichen Privatvermögens, bisweilen selbst der städtischen Kassen, nicht nur eine Excusation[2058]), sondern es ist nach manchen bei allen Verwaltern öffentlicher Gelder zur Uebernahme einer Vormundschaft Einwilligung der vorgesetzten Behörde sowie Bestellung einer besonderen hinlänglichen Caution für die Vormundschaft, welche nicht zugleich für die Kasse

---

2050) L. 11. C. de excusat. mun. (X. 48. (47.))

2051) Preuß. Landr. II, 18, §. 208, Nr. 2. Oesterreich. Gesetzb. §. 193. Code civil art. 427. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1.

2052) L. 25. C. V. 62. L. 5. C. XII. 16.

2053) §. 1. Inst. I. 25.

2054) L. 41. pr. D. 27. 1.

2055) L. 10. C. V. 62.

2056) L. 23. §. 11. D. 50. 4.

2057) Vat. Fragm. §. 134.

2058) Preuß. Landr. II, 18, §. 208, Nr. 5. Würtemb. LO. Tit. 82, §. 6. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1.

haften muß, erforderlich[2059]). g) **Pächter und Colonen von Staatsgütern.** In dieser Hinsicht sind drei verschiedene Verhältnisse zu unterscheiden. aa) Pachter öffentlicher Gefälle (vectigalium conductores) sind, wenn sie das Geschäft in Person betreiben[2060]), von Vormundschaften excusirt, weil das Interesse des Fiscus durch die Ansprüche der Pupillen nicht geschmälert werden soll. Hiernach ist diese von M. Aurelius und L. Verus gegebene Excusation sogar eine nothwendige, so daß also solche Pachter, selbst wenn sie sich anbieten, nicht zur Tutel gelassen werden[2061]). Umgekehrt ist von Sept. Severus verboten worden, daß ein Vormund nach bereits übernommener Vormundschaft öffentliche Gefälle pachte[2062]). bb) Pachter fiscalischer Grundstücke (praediorum fiscalium conductores) dürfen nur dann öffentliche Lasten, also auch Tutelen, übernehmen, wie M. Aurelius und Verus verordnen, wenn der Fiscus dadurch nicht benachtheiligt wird, d. h. wenn sie reich genug sind. Darüber entscheidet der Präses mit Zuziehung des procurator Caesaris[2063]); je nach dem Ausfalle der Entscheidung findet bald eine nothwendige Excusation statt[2064]), bald nicht[2065]). cc) Colonen kaiserlicher Privatgüter (coloni patrimoniales) dürfen nicht von dem Grundstücke, welches sie anbauen, getrennt werden, keine öffentlichen und fremden Privatgeschäfte verwalten[2066]), und deshalb auch, nach einer Verordnung von Honorius und Theodosius II., von den Obrigkeiten nicht zu Vormündern bestellt werden[2067]). Dies ist heutzutage weggefallen. Dagegen ist die Excusation der Domänenpachter nicht nur in manche teutsche Gesetze übergegangen, sondern sie werden ohne Erlaubniß der Behörde, welcher sie wegen des Pachtes unterworfen sind und ohne eine freie Caution nicht einmal zur Vormundschaft zugelassen[2068]). h) **Geistliche.** In Ansehung der Excusation der Priester sind die Grundsätze der alten und die der christlichen Religion zu unterscheiden. Von den ersteren ist schon an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[2069]). Die letzteren sind, obwohl auch dort schon berührt, hier noch umständlicher, namentlich

2059) Preuß. Landr. a. a. O. §. 158, 159. Rudolst. Vorm.-O. §. 14. Im Großherzogthum S. Weimar-Eisenach dürfen Rentbeamte nur solche Vormundschaften übernehmen, mit welchen keine Vermögensverwaltung verknüpft ist. Weim. Reg. Publ. v. 26. Septbr. 1814. Eisenach. Reg. Circ. v. 12. August 1839.

2060) L. 8. §. 1. D. 50. 5. Nicht die Afterpachter. L. 2. C. Quib. mun. (X. 56. (55.))

2061) L. 5. §. 10. D. 50. 6. L. un. C. V. 41.

2062) L. 49. D. 19. 2. L. un. C. V. 41.

2063) L. 38. §. 1. D. 50. 1.

2064) L. 5. §. 11. D. 50. 6.

2065) L. 8. C. V. 62.

2066) L. 1. 2. C. de agricolis et mancip. domin. (XI. 68. (67.))

2067) L. 13. C. V. 34.

2068) Preuß. Landr. II. 18, §. 208, Nr. 4. §. 158, 159.

2069) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 202.

was die Zeit vor Justinian betrifft, zu erörtern. Von den Excusationen der christlichen Geistlichen handeln folgende, theils kirchliche, theils weltliche Gesetze. Schon Cyprian[2070]) gedenkt einer forma nuper in concilio a sacerdotibus data, nach welcher ein Geistlicher nicht durch Bestellung zum Tutor dem Altardienste entzogen werden durfte. Das Concil zu Chalcedon[2071]) verbietet den Bischöfen und Klerikern überhaupt die Einmischung in die Verwaltung weltlicher Güter, namentlich die Erpachtung von Ländereien und die Uebernahme von Procurationen, außer wenn sie durch das Gesetz zur Tutel über unmündige Verwandte berufen sind, indem diese Tutel sogar eine inexcusabilis sei oder wenn sie vom Bischof der Stadt mit der Verwaltung kirchlicher Güter oder der Sorge für Witwen und Waisen beauftragt werden. Der Uebertreter dieser Vorschriften ist mit kirchlichen Strafen bedroht. Diese Grundsätze sind sowohl im Orient als im Occident später mehrfach bestätigt worden[2072]). Im Occident findet sich dieser Kanon in den Capitularien, in den vorgratianischen Compilationen von Regino, Burchard von Worms und Ivo von Chartres und in Gratian's Decret kommt er sogar dreimal vor[2073]). Indessen enthalten sowohl die Capitularien als die vorgratianischen Compilationen nur das allgemeine Verbot der Einmischung Geistlicher, Bischöfe und Mönche in weltliche Händel, mit alleiniger Ausnahme der Angelegenheiten der Kirchen, und wie die Capitularien hinzusetzen, der Witwen und Waisen nach vorgängiger Erlaubniß des Abtes oder Bischofes. Erst in Gratian's Decrete ist in den beiden ersten der in der Note erwähnten Stellen die Ausnahme der tutela legitima inexcusabilis ausdrücklich wieder erwähnt. In einer Constitution von 532[2074]) giebt Justinian allen christlichen Geistlichen, Bischöfen, Presbytern, Diaconen und Subdiaconen, besonders aber den Mönchen, wenn sie auch keine Cleriker sind, eine freiwillige Excusation von allen Tutelen, selbst von der gesetzlichen sowie von Curatelen aller Art. Doch kommt diese Excusation nur den Geistlichen und Mönchen zu, welche ihre Kirche oder Kloster nicht verlassen und darin den Gottesdienst fleißig versehen. Dieses Gesetz ist noch in der collectio constitutionum ecclesiasticarum[2075]) und im Nomokanon des Photius[2076]) wiederholt. Auch hat es Gratian in sein Decret aufgenommen, jedoch nach der Bemerkung der Correctores Romani fälschlich dem König Leo zugeschrieben[2077]). Das vierte Concil von Orleans

2070) Cyprian. epist. I. 9. ad clerum et plebem Furnitanorum (circa annum 249. in Africa). Cf. Can. 14. D. 88.

2071) Concil. Chalcedon. a. 451. can. 3.

2072) Siehe das Nähere darüber bei Rudorff §. 89, Bd. 2, S. 106, 107.

2073) C. 26. D. 86. c. 1. C. XXI. Qu. 3. c. 1. D. 88.

2074) L. 52. (richtiger 51.) C. I. 3.

2075) Voelli et Iustelli biblioth. iur. can. vet. T. II. p. 1263.

2076) Voelli et Iustelli biblioth. iur. can. T. II. p. 943 sq.

2077) C. 40. C. XVI. Qu. 1.

von 541[2078]) stimmt im ganzen mit der zuletzt gedachten Constitution überein. Nach demselben sollen nämlich die Rechte der heidnischen sacerdotes und ministri hinsichtlich der Tutel auf die christlichen Bischöfe, Priester und Diaconen übertragen werden, d. h. sie sollen auf eine excusatio voluntaria Anspruch haben. Wer als Richter einen Geistlichen durch Nichtbeachtung seiner Excusation von seinem Kirchendienste abzuziehen sucht, soll vom Kirchenfrieden ausgeschlossen sein. In einer Novelle vom J. 546[2079]) macht Justinian zwischen den verschiedenen Graden der Geistlichen einen Unterschied. Bischöfe und Mönche sollen schlechterdings nicht Tutoren werden, auch nicht durch Gesetz, und selbst nicht über Verwandte. Den Presbytern, Diaconen und Subdiaconen ist es gestattet, eine Tutel oder Cura, zu welcher sie durch das Recht der Cognation[2080]) berufen werden, aber auch nur eine solche, zu übernehmen. Doch müssen sie alsdann binnen vier Monaten von der Zeit ihrer Berufung an bei dem zuständigen Richter schriftlich erklären, daß sie diese Vormundschaft aus eigener Bewegung übernommen haben, damit der Richter nicht in den Verdacht gerathe, sie gezwungen zu haben. Eine solche freiwillige Uebernahme soll übrigens dem auf die Excusation verzichtenden Geistlichen in anderen Fällen nicht präjudiciren. Diese Verordnung Justinian's ist sowohl im Orient als im Occident mehrfach anerkannt worden. Was den Orient anlangt, so findet sich die Novelle 123, Cap. 5 sowohl in der Collectio constitutionum ecclesiasticarum als auch in den Basiliken und endlich in dem dem Photius mit Unrecht zugeschriebenen Nomokanon[2081]). Hinsichtlich des Gebrauches der gedachten Novelle im Occident finden sich folgende Zeugnisse. Eine Ur-

---

2078) Concilium Aurelianeuse IV. a. 541. can. 13.

2079) Nov. 123. cap. 5.

2080) „*τῷ δικαίῳ καὶ μόνῳ τῆς συγγενείας εἰς ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορείαν καλούμενος.*“ Hombergk zu Bach las: *δικαίῳ καὶ νόμῳ* und übersetzt: iure et lege. Allein die Novellenepitomatoren Julianus, Theodorus und Athanasius bestätigen die Richtigkeit der gewöhnlichen Lesart. Julianus sagt: munus administrationis in hoc casu tantum suscipere cogatur. In Theodori Breviar. Nov. Nov. 123. th. 13. (bei Zachariae, Anecdot. p. 126.) heißt es: *Οἱ ἐπίσκοποι καὶ οἱ μοναχοὶ μὴ γινέσθωσαν ἐπίτροποι ἢ κουράτωρες, κἂν θέλωσιν· οἱ δὲ κληρικοὶ δύνανται εἶναι, εἰ βούλονται, μόνον μέντοιγε τῶν ἰδίων συγγενῶν κ. τ. λ.* Athanasius Nov. Inst. Tit. 1. Const. 2. (Heimbach iun., Anecdot. T. I. p. 6.) sagt: *ἐπίσκοπος ἢ μοναχὸς μὴ καλείσθω πρὸς κηδεμονίαν· οἱ δέ λοιποὶ κληρικοί, εἰ βούλονται, τὰς τῶν συγγενῶν καταδεχέσθωσαν κ. τ. λ.*

2081) Vgl. Collect. const. eccl. Lib. III. ex Novellis Tit. 1. de episc. et cler. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. canon. T. II. p. 1320.) Basil. Lib. III. Tit. 1. cap. 11. (edit. Heimb. T. I. p. 95.) Phot. Nomocan. Tit. VIII. cap. 13. (apad Voellum et Iustellum l. c. T. II. p. 943 sq.) Auch in Nov. Leonis 68. sind die Vorschriften der Novelle hinsichtlich der Mönche ausdrücklich bestätigt, mit der Abweichung, daß Mönche zu Testamentsexecutoren bestellt werden können, weil dieses Geschäft sie wegen seiner kürzeren Dauer weniger von dem Kirchendienste abhalte als die Tutel und gerade eine große Gewissenhaftigkeit voraussetze, wie man sie eben von ihnen erwarten dürfe.

kunde aus der Zeit Justinian's, das vor der Curie von Ravenna im Jahre 564 aufgenommene Protocoll über das instrumentum plenariae securitatis erwähnt einen Subdiacon Gratianus, welcher „legitime constitutus tutor" eines Pupillen Stephanus war [2082]). Ebenso findet sich die Novelle auch in den Additionen der Capitulariensammlungen [2083]); nur hat man hier die excusatio necessaria der Bischöfe in eine voluntaria verwandelt, mithin die frühere Constitution Justinian's (L. 51. C. I. 3.) der Novelle vorgezogen, so daß in diesem Punkte die morgenländische Kirchendisciplin von der abendländischen abwich. Es hat daher nicht zufällig, sondern ganz im Geiste der abendländischen Kirchendisciplin Gratian, abgesehen von den älteren nur geschichtlichen Notizen in c. 14. D. 88. aus den Briefen Cyprian's und in dem can. 26. D. 86. can. 1. C. 21. Qu. 3. aus dem Chalcedonensischen Concilium, nur die L. 51. C. I. 3. oder can. 40. C. 16. Qu. 1. in sein Decret aufgenommen, der Novelle 123, Cap. 5 aber gar nicht gedacht. Hiernach haben denn, nach dem neueren abendländischen Kirchenrechte, die Geistlichen zwar allgemein auch bei gesetzlichen Vormundschaften eine Excusation, welche aber stets, selbst bei Bischöfen und Mönchen, nur eine freiwillige und auch als solche an die in der Novelle 123 bestimmten Fristen nicht gebunden ist. — Die teutschen Gesetzgebungen schließen die Ordensgeistlichen von der Führung der Vormundschaft ganz aus [2084]). Andere Geistliche können sich aber von deferirten Vormundschaften excusiren, wovon jedoch manche Gesetze Vormundschaften über Kinder ihrer Collegen ausnehmen, gegen welche keine Excusation stattfindet [2085]). i) Professoren und Aerzte. Professoren (magistri, professores) und Aerzte haben eine allgemeine Immunität von öffentlichen Lasten [2086]), mithin auch von der Vormundschaft [2087]). Allgemeine Bedingungen derselben sind folgende: aa) in jeder Stadt ist nur eine bestimmte Zahl öffentlich angestellter Lehrer und Aerzte von den öffentlichen Lasten befreit, welche hinsichtlich der Hauptstädte in einer Constitution von Theodosius II. und Valentinian III., in Ansehung der übrigen Städte aber in einer epistola von Antoninus Pius an das commune Asiae näher bestimmt und nach der Größe der Stadt und den Gegenständen des Unterrichtes verschieden war [2088]). Diese Zahl darf die Stadtbehörde

---

2082) Spangenberg, tabulae negot. solemn. ap. Romanos p. 143—145.

2083) Addit. cap. 50. bei Baluz. Tit. I. p. 1166.

2084) Preuß. Landr. II, 18, §. 134. Oesterreich. Gesetzb. §. 195. Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 9, §. 1.

2085) Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 9, §. 1. Altenb. Vorm.=O. §. 2. Weim. Reg. Publ. v. 13. Mai 1819.

2086) L. 18. §. 30. D. 50. 4.

2087) Th. Cod. Lib. VI. Tit. 21. Lib. XIII. Tit. 3. (Cod. Inst. Lib. X. Tit. 53.) de professoribus et medicis Lib. XIV. Tit. 9. (Cod. Inst. Lib. XI. Tit. 19.) de studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopoleos.

2088) L. 6. §. 2. D. 27. 1. L. 3. Th. C. i. e. L. un. C. de stud. liberal. urb. Rom.

nicht vermehren, wohl aber vermindern[2089]). Nur der durch ein Decret des ordo in die Zahl dieser Privilegirten Aufgenommene hat diese Immunität[2090]); auch darf er nicht etwa später wegen nachlässiger Amtsführung aus derselben wieder ausgestoßen sein[2091]). bb) Eine andere Beschränkung beruht auf einer Constitution von Sept. Severus und Caracalla. Nach derselben genießt nur derjenige Lehrer oder Arzt eine Immunität, welcher in seiner patria oder origo lehrt oder ärztliche Praxis treibt[2092]). Sowie indessen Rom überhaupt als communis patria gilt, so auch hier; mithin muß jeder Bürger des römischen Reiches, wenn er in Rom lehrt, als in seiner Vaterstadt fungirend angesehen und somit auch in der letzteren von der Tutel excusirt werden, wie ebenfalls Sept. Severus und Caracalla verordnet haben[2093]). Eine Ausnahme von beiden Einschränkungen machte man bei berühmten und ausgezeichneten Lehrern[2094]). cc) Auf der anderen Seite ist aber durch eine Verordnung von Constantin von 321 und deren Fassung im Codex die allgemeine Immunität auch auf die Frauen und Kinder verschiedener privilegirter Lehrer und Aerzte ausgedehnt worden[2095]). Ueber die einzelnen Personen, welchen unter den angegebenen Voraussetzungen die Excusation zukommt, sowie über den heutigen Gebrauch der Excusation ist schon an einem anderen Orte gehandelt worden[2096]). k) Mitglieder gewisser Zünfte und Innungen[2097]). Im heutigen Rechte haben die im römischen Rechte diesfalls begründeten Privilegien gewisser Corporationen keine Anwendung.

3) Wegen eigentlicher Privilegien. a) Ius liberorum. Da die Grundsätze des römischen Rechtes darüber bereits an einem anderen Orte dieses Werkes vorgetragen worden sind[2098]), so beschränken wir uns darauf, die heutige Anwendbarkeit dieser Excusation und das, was neuere Gesetzgebungen darüber enthalten, darzustellen. Ueber die Anwendung dieser Excusation im heutigen gemeinen Rechte ist von jeher viel gestritten worden[2099]). Indessen haben sich Doctrin, Praxis und Gesetzgebung für die Anwendbarkeit längst entschieden und

2089) L. 6. §. 3. D. 27. 1.
2090) L. 6. §. 4. D. 27. 1. L. 2. C. de profess.
2091) L. 11. §. 3. D. 50. 4. L. 2. C. de profess.
2092) L. 6. §. 9. D. 27. 1.
2093) L. 6. §. 11. D. 27. 1. L. 9. pr. D. 50. 5. §. 15. Inst. I. 25.
2094) L. 6. §. 10. D. 27. 1. Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 208.
2095) L. 1. Th. C. i. e. L. 6. C. de prof. et med.
2096) S. den Artikel Cura Bd. III, S. 208 flg., besonders aber Rudorff Bd. 2, S. 114—122.
2097) S. denselben Artikel a. a. O. S. 207 flg., besonders aber Rudorff Bd. 2, S. 122—132.
2098) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 205 flg. Siehe noch Rudorff Bd. 2, S. 133—147.
2099) Höpfner, Comm. zu den Instit. §. 240. Glück, Erl. der Pand. Bd. 31, S. 223. Andere Schriftsteller citirt Rudorff §. 92, N. 64, Bd. 2, S. 146.

nur über die erforderliche Zahl von Kindern kommen Zweifel vor. Wenn man jedoch erwägt, daß die Zahl von fünf Kindern im römischen Rechte bei allen öffentlichen Lasten[2100]) und der Regel nach selbst bei den Vormundschaften zur Excusation verlangt wurde, das besondere Recht der Stadt Rom und Italiens aber auf speciellen Privilegien beruht, so läßt sich auch nur jene regelmäßige Zahl von fünf Kindern als auf unseren Rechtszustand anwendbar betrachten. Bei der Anwendung der Excusation ist aber unseres Erachtens noch ein Moment hervorzuheben, was den Römern fremd ist, nämlich daß die Kinder noch leben und unversorgt sein müssen. Denn eine Begünstigung derer, welche eine gewisse Anzahl von Kindern haben oder hatten, ist dem heutigen Rechte fremd, da diese Begünstigung aus dem Bestreben, die Ehen zu befördern und die Bevölkerung zu vermehren, hervorgegangen ist, dieses Bestreben aber schon im neuesten römischen Rechte nicht mehr sich zeigt, wie augenscheinlich daraus hervorgeht, daß in demselben die mit der Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit verknüpften Nachtheile weggefallen sind. Dagegen ist allerdings die Fürsorge für mehrere noch unversorgte Kinder ein Grund, der zur Ablehnung angetragenen Vormundschaften für hinreichend gelten muß, da derjenige, welchem diese Fürsorge obliegt, nicht die gehörige Zeit und Sorgfalt auf die Verwaltung der Vormundschaft verwenden kann. Es würde daher das römische Recht, insoweit es selbst vor dem Feinde gefallene Kinder zur Excusation zu Statten kommen läßt, für unanwendbar zu achten sein. Obiges Moment hat auch in einigen teutschen Gesetzgebungen Berücksichtigung gefunden[2101]). Was die Zahl der zur Excusation erforderlichen Kinder anlangt, so ist die Zahl in den meisten neueren Gesetzgebungen auf fünf bestimmt[2102]). b) Militärpersonen[2103]). c) Primipilaren. d) Athleten[2104]).

DD. Gründe der potioris nominatio[2105]).

Auch bei der potioris nominatio kommt es, obwohl in einem anderen Sinne, wie bei der Excusation, auf das Dasein gewisser Gründe (causae nominati potioris)[2106]), d. h. gewisser Eigenschaften des nominatus an, welche ihn als tüchtiger als den Nominanten erscheinen lassen. Im älteren Rechte scheint die Beurtheilung der Vorzüge des Vorgeschlagenen blos dem Ermessen des Gerichtes überlassen gewesen zu sein.

2100) Cod. X. 52. (51.) de his, qui numero liberorum.

2101) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1. Altenb. Vorm.-O. §. 9.

2102) Preuß. Landr. II, 18, §. 210, 211. Oesterreich. Gesetzb. §. 195. Code civil art. 436. 437. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1. Mit drei Kindern begnügt sich die Altenb. Vorm.-O. §. 9.

2103) S. den Artikel Cura Bd. III, S. 206 flg. und dazu noch Rudorff Bd. 2, S. 147—156.

2104) Ueber die Excusation der Primipilaren und Athleten s. den Artikel Cura a. a. O. S. 207. Heutzutage ist dieselbe unanwendbar.

2105) Paul. Sent. Lib. II. Tit. 28. und 30.

2106) Paul. Sent. II. 28. 1.

Die Oratio-Severi über das Vormundschaftswesen vom Jahre Rom's 948 (195 nach Christus) setzte dieser Willkür in der Nomination feste Grenzen. Es gehören hierher folgende Bestimmungen derselben: 1) der Genannte muß zu denjenigen Personen gehören, welche selbst keinen potior wieder nennen können, indem das gedachte Gesetz besonders die Weitläufigkeit fürchtet, welche eine potiores nominatio durch mehrere Grade hindurch zur Folge haben würde. Er muß folglich zu den nächsten Graden der Cognaten oder Affinen, den Freigelassenen, Decurialen oder Collegen des Pupillen oder dessen Vaters gehören. Das bloße nachbarliche Verhältniß macht noch Niemanden zum potior, da Nachbarn immer noch einen Näheren nennen können [2107]. 2) Der Genannte muß in guten Vermögensumständen, von unbescholtenem Rufe und nicht vom Orte der Tutel entfernt sein [2108], weil derselbe sonst immer noch einen magis potior benennen [2109], ja sogar nicht einmal als potior betrachtet werden kann [2110]. Unter den neueren Gesetzgebungen enthält die französische den mit der römischen potioris nominatio verwandten Satz, daß nicht verwandte Personen zur Uebernahme der Vormundschaft nicht gezwungen werden können, so lange in der Nähe sich Verwandte oder Verschwägerte finden, welche sie führen können [2111].

D. Ausnahmen der Excusation und Nomination.

AA. Gesetzliche Hindernisse [2112].

In mehreren Fällen darf ein Vormund auch eine an sich vollkommen giltige Excusation und Nomination ausnahmsweise nicht geltend machen. Ein gesetzliches Hinderniß dieser Art begründen zunächst gewisse officia und obsequia des ernannten Vormundes gegen den Pflegebefohlenen oder dessen Vater. Das Nähere darüber bestimmen zwei Orationes von M. Aurelius und Verus und von Sept. Severus, wovon erstere auf die Excusation, letztere auf die Nomination sich bezieht. Folgende Verhältnisse hindern die Excusation und Nomination: 1) Die Clientel. Während der Patron gesetzlicher Tutor des Freigelassenen ist, aber die Vormundschaft auf jede Weise ablehnen kann, ist der Freigelassene dagegen nicht von selbst Tutor oder Curator des Patrons oder der Descendenten desselben; er muß aber, wenn er dazu bestellt wird, vermöge des seinem Patron schuldigen obsequium die Vormundschaft übernehmen [2113]. Es beruht dies auf einem SC. ad Orationem Marci et Veri [2114]. Die Descendenten des Freilassers, welchen der Frei-

2107) Vat. Fragm. §. 158.
2108) Ibid. §. 157. 158. 166. 210.
2109) Ibid. §. 206.
2110) Ibid. §. 157. Paul. Sent. II. 28. 2.
2111) Code civil art. 432.
2112) Paul. Sent. II. 29.
2113) Paul. II. 29. 1. Vat. Fragm. §. 160. 211. 220. 224. L. 14. D. 27. 5. L. 14. pr. D. 27. 1. L. 5. C. V. 62.
2114) Capitol. in Marco cap. 11. L. 5. C. V. 62.

gelassene die Uebernahme der Tutel schuldig ist, sind verschieden, je nachdem dieser ein Mann oder eine Frau ist. Im ersten Falle ist es die ganze patronatsfähige Descendenz, also die Söhne und Töchter und die ferneren Descendenten durch Mannsstamm, auf welche mit dem Namen auch die Ansprüche gegen die Freigelassenen übergehen. Im zweiten Falle sollte eigentlich das Privilegium gar nicht Platz greifen, weil eine Patronin keine patronatsfähige Descendenz haben kann, da sie selbst finis familiae ist. Allein die Oratio von Marcus spricht von liberis und libertis patroni und patronae, folglich auch von mütterlichen Freigelassenen. Da dies schon an sich eine Anomalie ist, so hat die Interpretation den Ausdruck streng genommen und ihn blos auf Söhne und Töchter der Patronin beschränkt, bei allen entfernteren Descendenten aber wieder gemeines Recht eintreten lassen, d. h. die Excusation oder Nomination verstattet[2115]). Die Art der Vormundschaft und ihrer Entstehung ist ganz gleichgiltig. Auch die Gründe der Excusation machen keinen Unterschied[2116]). Selbst wenn der Freigelassene untüchtig ist, also eine sog. excusatio necessaria hat, kann er selbst sich nicht weigern, wiewohl ihm die Obrigkeit einen Curator zuordnen und ihn absetzen kann[2117]). Die Wirkung einer Ueberschreitung der Oratio besteht darin, daß der Freigelassene, welcher die Tutel ablehnen will, als undankbar (ingratus) behandelt und doch von der Verwaltung nicht befreit wird[2118]). Wenn aber die Freilassung nicht als eine Wohlthat des Patrons angesehen werden kann, so fällt auch der Zwang zur Uebernahme der Tutel weg[2119]). 2) Cognation. Auch die Cognation des ernannten Vormundes mit dem Pflegebefohlenen hindert die Ablehnung der angetragenen Vormundschaft. Doch ist in dieser Rücksicht noch zwischen Excusation und Nomination zu unterscheiden. Die Excusation ist, selbst in den nächsten Graden, nicht schlechterdings verboten[2120]). Aber der Cognat, welcher sich ihrer bedient, macht sich einer Lieblosigkeit schuldig, welche Enterbung oder Ereption der Intestaterbschaft nach sich ziehen kann[2121]). Diese Nachtheile gelten aber nur bei der Ablehnung einer Cura, nicht bei der Ex-

---

2115) Vat. Fragm. §. 211. 220. 224. L. 14. pr. §. 1. D. 27. 1.

2116) Vat. Fragm. §. 152. Anwendungen enthalten L. 14. §. 4. D. 27. 1. L. 5. C. V. 62.

2117) Paul. II. 29. 1. L. 45. §. 4. D. 27. 1.

2118) L. 19. D. 47. 14.

2119) Dies ist namentlich der Fall: 1) wenn der Freilasser in Folge der hinterlassenen fideicommissaria libertas manumittirt hat. Vat. Fragm. §. 225. L. 24. D. 27. 1.; 2) wenn der Freilasser blos iterirte, nachdem bereits ein Anderer dem Sclaven die Latinität verschafft hatte, so hat jener ihm zwar auch einen Theil der vollkommenen Freiheit, nämlich das ius Quiritium, d. h. die Civität verliehen; da jedoch die Latinität der wesentlichere Bestandtheil der Freiheit ist, so braucht er blos die Tutel der Kinder dessen zu übernehmen, welcher ihn zum Latinus machte. Vat. Fragm. §. 221.; 3) wenn der Sclave mit seinem eigenem Gelde angekauft und alsdann manumittirt ist. L. 14. §. 3. D. 27. 1.

2120) L. 30. §. 2. L. 36. §. 1. D. 27. 1.

2121) L. 36. §. 1. D. 27. 1. L. 4. D. 27. 10. Nov. 115. cap. 3. §. 12.

cusation der Tutel, weil bei der Tutel den Cognaten schon eine andere Pflicht, nämlich die der petitio, oblag, deren Nichterfüllung ebenfalls mit jenen Strafen bedroht war. In manchen Particulargesetzen ist auch bei der Tutel das Recht der Cura angenommen[2122]). — Die Nomination eines Besseren hingegen ist den Cognaten durch die Oratio Severi geradezu verboten, aber nicht allen, sondern nur den nächsten Cognaten, wobei die näheren Bestimmungen aus der lex Iulia oder Papia hergenommen sind, so daß dieselben Personen, welche aus ihren Testamenten solidi capacitas haben, auch die Vormundschaft über einander nicht ablehnen dürfen[2123]). Welche Cognaten aber in der lex Iulia als exceptae personae genannt waren, ergeben einige von Klenze zum Theil ergänzte Stellen der Vaticanischen Fragmente[2124]). Hiernach sind privilegirt die Cognaten der sechs ersten Grade der geraden und der Seitenlinie und zwei Cognaten des siebenten Grades, nämlich die Söhne und Töchter der Sobrinen, die Personen, welche der väterlichen Gewalt eines der Cognaten dieser Grade unterworfen oder durch Ehe mit ihnen verbunden sind; endlich die Cognaten der sieben ersten Grade unserer Kinder und Ehefrauen. 3) Affinität. Auch von der Vormundschaft über einen Affinen darf man sich weder allgemein excusiren, noch einen Besseren dazu vorschlagen. Das Verbot der Excusation beruht auf einer epistola von Hadrian an den Claudius Saturninus, welche von obrigkeitlicher Bestellung sprach, aber durch Interpretation und ein Rescript von Antoninus Pius auf testamentarische Bestellung erstreckt wurde[2125]). Das Verbot der potioris nominatio gründet sich auf die Oratio Severi[2126]). Dasselbe trifft aber auch hier wieder nur die nächsten Verhältnisse, bei deren Bestimmung die Grundsätze der lex Papia[2127]) als Vorbild gedient haben[2128]). Es gehören nur Ehegatten, Schwieger- und Stiefeltern und Kinder zu den Affinen, vielleicht auch Verlobte[2129]). Eigenthümlich ist bei dieser Bestimmung der Affinität, daß sie gegen die allgemeine Regel auch noch nach Auflösung des sie begründenden ehelichen Bandes oder Verlöbnisses fortdauert[2130]). Außer den eigenen

---

2122) Nürnberg. Reform. v. 1564 Tit. 39, 4, §. 2. Würzburg. Landgerichtsordn. III, 4, §. 10.

2123) Vat. Fragm. §. 158. 214. 215. vgl. mit Ulp. Fragm. XVI. 1.

2124) Vat. Fragm. §. 216. 217.

2125) Ibid. §. 151. 223. Vgl. über die Erklärung dieser Stelle, namentlich der Worte „et aliquem usum rerum habeat hereditariarum" Buchholtz zu derselben und Rudorff Bd. 2, S. 170 flg. Im Justinianeischem Rechte ist die Stelle weggelassen.

2126) Vat. Fragm. §. 214.

2127) Klenze, das Familienrecht der Cognaten S. 69, 70.

2128) Vat. Fragm. §. 218. 219. (Restitution von Hollweg.) Siehe Rudorff Bd. 2, S. 171.

2129) Ibid. §. 302. 303.

2130) L. 3. §. 1. D. 3. 1. Vat. Fragm. §. 303. Klenze a. a. O. S. 112, 113.

Affinen sind aber auch noch die Affinen derjenigen Personen ausgenommen, welche unserer potestas unterworfen sind[2131]. 4) Collegialität und Sodalität, d. h. das Verhältniß der Mitglieder desselben Collegiums. Dieses galt von jeher bei den Römern für ein besonders inniges, der Verwandtschaft und Schwagerschaft beinahe gleichstehendes. Besonders die Sodalen, d. h. die Mitglieder der collegia privata, waren gleich den Cognaten und Affinen durch gemeinschaftliche Statuten, Gerichte und Festmahle verbunden. Nach der lex Servilia konnte daher ein sodalis gegen den anderen weder zum iudex, noch zum Patronus bestellt werden[2132]. In besonderer Anwendung auf die Tutel zeigt sich die Innigkeit dieses Verhältnisses darin, daß die Ablehnung der Tutel über die Kinder eines Genossen den collegialischen Pflichten zuwiderlaufend erachtet wurde. Daher fällt in diesem Verhältnisse ordentlicher Weise nicht nur die Excusation, sondern auch seit der Oratio Severi die potioris nominatio hinweg[2133]. Auf welche einzelne Verhältnisse diese Grundsätze angewendet worden sind, kann hier, da die Sache nicht mehr praktisch ist, nicht erörtert werden[2134].

BB. Verzicht auf die Excusation oder Nomination.

Auch durch Verzichtleistung kann das Recht zur Geltendmachung einer Excusation oder Nomination verloren gehen. Folgende Fälle gehören hierher: 1) wenn der Vormund dem Vater der Pupillen versprochen hat, dereinst die Tutel über seine Kinder übernehmen zu wollen, so verliert er dadurch jede ihm sonst zustehende Excusation, weil er allein schuld ist, daß der Vater keine anderen Vormünder ernannt hat[2135]. 2) Wenn der Vormund die letztwillige Anordnung, in welcher der Vater ihn ernannte, selbst geschrieben und der letztere zugleich durch Unterschrift seine Zustimmung erklärt hat, so gilt nicht nur die Ernennung, sondern es ist auch keine Excusation zulässig, weil die Handlung des Vormundes ein stillschweigendes Versprechen der Uebernahme der Vormundschaft enthält[2136]. 3) Uebernahm der Vormund die Verwaltung, ohne eine Excusation vorzuschützen, so verliert er nach einem Rescripte der Divi Fratres sein Privilegium, indem diese Einmischung einen noch bündigeren Verzicht enthält, als das bloße Versprechen der Uebernahme[2137]. Eine bloße Folge dieses Satzes ist, daß, wenn die Obrigkeit ohne Rücksicht auf die erfolgte Einmischung die Excusation dennoch annimmt, der Vormund dadurch von dem periculum nicht befreit wird[2138]. Erst

2131) Vat. Fragm. §. 219.
2132) Klenze, Fragm. L. Servil. cap. 4. p. 16.
2133) L. 41. §. 3. D. 27. 1. Vat. Fragm. §. 235.
2134) Vgl. darüber Rudorff Bd. 2, S. 174—176.
2135) Vat. Fragm. §. 153. L. 15. §. 1. D. 27. 1. §. 9. Inst. I. 25. Dies ist auch in neuere Gesetzgebungen übergegangen. S. preuß. Landr. II, 18, §. 214, 215. Code civil art. 427.
2136) L. 29. §. 1. D. 26. 2. L. 18. §. 1. D. 48. 10.
2137) Vat. Fragm. §. 154.
2138) L. 2. C. V. 63.

nach der Einmischung entstandene Ablehnungsgründe gehen jedoch durch dieselben nicht verloren[2139]). Auf nothwendige Excusationen bezieht sich der Verlust durch Einmischung nicht[2140]). 4) Ist Jemand im Testamente zum Vormunde ernannt und zugleich mit einem Vermächtnisse bedacht worden, so verliert er durch Annahme des letzteren seine Excusation und wird zur Administration gezwungen[2141]). Auf der anderen Seite aber wird der Tutor, sobald er sich von der Tutel entschuldigt, der Ansprüche auf alle ihm durch den letzten Willen zugedachten Vortheile verlustig, indem die Vermuthung dafür ist, daß diese Vortheile in der Absicht einer Vergütung für die Mühwaltung des Vormundes ausgesetzt worden sind[2142]). Dieser Satz gilt zunächst von Legaten, welche dem Tutor selbst oder den unter seiner Gewalt stehenden Personen hinterlassen sind, vorausgesetzt, daß letzteres nicht aus Zuneigung gegen die Kinder, sondern des Vaters wegen geschehen ist[2143]). Ebenso gilt er von den Patronatrechten an einem dem Tutor legirten Sclaven, welchem zugleich eine fideicommissarische Freiheit vermacht war, welche der ernannte Tutor ihm prästirt hat[2144]). In diesen und ähnlichen Fällen wird dem Vormunde also die actio legati, die petitio fideicommissi u. s. w. verweigert und das Vermächtniß verbleibt dem Erben oder Oneritten, gleichviel ob dieser der Pupill selbst oder ein Anderer ist[2145]). Zugleich muß er diesem cautio fideicommissorum servandorum causa wegen der Restitution leisten[2146]). Selbst wenn der Tutor sich nicht einmal von dem Ganzen der Verwaltung, sondern nur von einem Theile excusirt, tritt dieser Erfolg, weil er die Bedingung nicht erfüllt, für das Ganze ein, wie Rescripte von M. Aurelius, Sept. Severus und Caracalla bestimmt haben[2147]). Ebenso wenn der Tutor, ohne sich gerade zu excusiren, die Administration ohne weiteres liegen ließ, so ist er zwar ipso iure Tutor und kann nach Ausklagung der gerentes mit der actio tutelae belangt werden; er verliert aber doch das Legat, als ob er sich excusirt hätte, weil der Testator dieses nur als Belohnung der wirklichen Administration angesehen wissen wollte, mithin die contumacia des Tutors der Excusation völlig gleichstellt[2148]). Noch mehr verliert er das Legat, wenn er nicht excusirt, sondern wegen schlechter Verwaltung abgesetzt wird[2149]). Dagegen tritt der Verlust des Legates in folgenden Fällen

2139) L. 13. §. 3. D. 50. 5.
2140) §. 9. Inst. I. 25.
2141) L. 5. §. 5. D. 34. 9.
2142) L. 28. §. 1. L. 32. 36. D. 27. 1.
2143) L. 28. pr. D. 26. 2. L. 42. D. 35. 1.
2144) L. 3. D. 37. 14.
2145) L. 25. C. VI. 37. L. 5. §. 2. D. 34. 9. L. 28. §. 1. D. 27. 1.
2146) L. 11. §. 1. D. 26. 3.
2147) L. 111. D. 30. Vat. Fragm. §. 205. nach der von Rudorff Bd. 2, S. 180 versuchten Restitution.
2148) L. 35. D. 27. 1.
2149) L. 35. cit.

nicht ein: a) wenn der Tutor auf sein Legat mit einem Fideicommiß belastet ist, sei es ein Fideicommiß der Freiheit des legirten Sclaven oder der ganzen legirten Sache, so erwirbt er das Legat wegen des Fideicommisses, aber ohne die mit der Restitution verbundenen Vortheile; ist das Fideicommiß nur ein partielles, so wird ihm also auch nur soweit die actio legati verstattet[2150]); b) wenn die Excusation nicht auf dem freien Willen des Tutors beruht, sondern eine nothwendige ist, z. B. wenn der Tutor Soldat ist oder wenn ein unvollkommen bestellter testamentarischer Tutor in die Confirmation willigt, die Obrigkeit jedoch wegen seiner Untüchtigkeit dieselbe verweigert[2151]); c) wenn der im Testamente zugedachte Vortheil zu der Vormundschaft nicht in dem Verhältnisse einer Remuneration steht, so kann auch die Entschuldigung von der Vormundschaft keinen Verlust jenes Vortheiles nach sich ziehen. Anwendungen dieses Grundsatzes sind folgende: aa) Hat der Vater den einen seiner Söhne zum Miterben und Tutor eines anderen Sohnes ernannt, so wird jener durch Ablehnung der Tutel nicht zugleich seines Erbtheiles verlustig, weil er diesen nicht als Vergütung für die zu führende Tutel, sondern wegen seiner Kindschaft erhält[2152]). bb) Dasselbe gilt, wenn der Vater den Tutor zugleich zum Pupillarsubstituten des Pupillen ernannt hat, weil auch diese Honorirung sich nicht als eine bloße Vergütung für die Last der Tutel betrachten läßt, da sie erst nach Beendigung der Tutel wirksam wird, und dagegen, wenn der Pupill die Pubertät erreicht, ganz wegfällt. Wenn also der Vater bei der Substitution nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht, sie solle nur gelten, wenn der Tutor auch die Tutel übernehme, so bleibt sie, der Excusation ungeachtet, bei Kräften[2153]). cc) Dasselbe behauptete Paulus früher auch dann, wenn der Vater das Legat im Testamente hinterlassen, den Tutor aber erst später in einem Codicill ernannt hat. Denn auch bei diesem Legat läßt sich sagen, daß der Testator es nicht als eine Remuneration für die Tutel, sondern aus Wohlwollen für den Legatar angeordnet hat. Doch nahm Paulus diese Ansicht wieder zurück, weil er diese Argumentation später für zu künstlich hielt. Denn nach jener früheren Ansicht würde eine Entziehung des Legates fast nicht möglich sein, weil es doch selten in demselben Satze mit der Tutel angeordnet wird. Mithin ist die Absicht, daß das Legat Vergütung für die Tutel sein soll, so lange zu vermuthen, bis eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers, er wolle dasselbe auf alle Fälle, selbst wenn der Tutor die Tutel nicht übernehmen sollte, aufrecht erhalten wissen, das Gegentheil ergiebt[2154]). dd) Hinterließ aber der Testator ein Legat, ohne der Tutel

---

2150) L. 27. D. 27. 1.

2151) L. 76. §. 6. D. 31., wo die Florentinische Handschrift richtig non denegabitur hat. L. 6. C. VI. 37.

2152) L. 28. §. 1. D. 27. 1

2153) L. 35. D. 27. 1.

2154) L. 32. fin. L. 33. D. 27. 1.

Erwähnung zu thun, und erst die Obrigkeit ernannte den Legatar zum Tutor, so kann diesem allerdings das Vorschützen einer Excusation nicht schaden, weil er wirklich nicht gegen den Willen des Erblassers gehandelt hat, welcher ihm dieses Legat nicht wegen der Tutel, sondern aus reinem Wohlwollen hinterließ [2155]). Wählte hingegen die Obrigkeit den Vormund nicht selbst aus, sondern confirmirte nur den im väterlichen, mütterlichen oder dem Testamente eines Dritten unvollkommen ernannten Vormund, so bleibt es bei der Regel, weil es nicht auf die Giltigkeit des Testamentes, sondern nur auf das Verhältniß ankommt, in welches der Erblasser das Legat zur Tutel gestellt hat [2156]).

E. Excusations= und Nominationsproceß.

AA. Gericht, Parteien und Stellvertreter. Was die bei dem eigenthümlichen für Excusationen und Nominationen eingeführten Verfahren vorkommenden Personen betrifft, so gelten darüber bei den Römern folgende Bestimmungen: 1) das Gericht war vor M. Aurelius die ordentliche Appellationsinstanz des Magistrates, welcher die Vormünder bestellt hatte. Seit diesem Kaiser hingegen findet keine Devolution mehr statt und das Gericht ist nun das ordentliche vormundschaftliche Gericht für diese Tutel oder Curatel. Die bloßen Municipalmagistrate und Defensoren haben diese notio nicht, da dieselbe von der ihnen zustehenden iurisdictio noch zu unterscheiden ist [2157]). Heutzutage gehört sie vor das Untergericht. Die Competenz unter den verschiedenen Behörden richtet sich nach denselben Grundsätzen, welche oben bei der tutoris datio vorgekommen sind. 3) Die Parteien (adversarii) in dieser Instanz sind dieselben, wie bei der Erbittung der Vormünder. Das römische Recht nimmt hier wie dort ein zweiseitiges Verfahren (contradictio, lis) an [2158]). Nur die Parteirolle ist die umgekehrte, wie in erster Instanz. In dieser war der Nominator Kläger, der nominirte Vormund Beklagter; hier ist der Vormund Provocant, der Nominator hingegen Provocat [2159]). Unter den Rechtsverhältnissen der Parteien heben die Quellen nur den Anspruch auf Erstattung der Kosten (sumtuum recuperatio) ausdrücklich hervor. Es kommt nämlich auch für diesen Proceß die allgemeine Regel über die Kosten bei den Appellationen [2160]) und namentlich bei Appellationen gegen munera [2161]) zur Anwendung, daß, wenn der Nominator seinen Gegner aus bloßer Feindschaft oder mit wissentlicher Nichtachtung seiner Excusations=

2155) L. 34. D. eod.

2156) L. 32. D. eod.

2157) L. 6. C. V. 62. Cf. L. 5. D. 42. 1. L. 99. D. 50. 16.

2158) L. 39. D. 27. 1. L. 14. C. V. 62. L. 1. §. 1. D. 50. 5. L. un. C. de sumt. recup. (X. 68. (67.))

2159) Vat. Fragm. §. 156.

2160) Paul. Sent. V. 37. L. 1. §. 1. D. 50. 5.

2161) Tit. Cod. de sumtuum recuperatione (X. 68. (67.)) L. 1. §. 1. D. 50. 5.

privilegien zu einem Amte vorschlägt, der Nominat aber gegen das Decret appellirt und in der höheren Instanz obsiegt, der unterliegende Nominat, jetzt Appellat, ihm sämmtliche Kosten des Processes erstatten muß und unter erschwerenden Umständen sogar noch bestraft werden kann[2162]. 3) Auch die Vertretung der Parteien in diesem Verfahren durch Procuratoren muß schon nach dem allgemeinen Charakter desselben für zulässig erachtet werden[2163].

BB. Verfahren. 1) Einwendung. a) Fatalien. Das processualische Verfahren bei der Excusation und Nomination behielt auch noch nach M. Aurelius den allgemeinen Gang eines Appellationsverfahrens bei, so daß es in die Einwendung, Rechtfertigung und Entscheidung des Rechtsmittels zerfällt. Bei der Interposition kommen zunächst die Fatalien und dann die Formalien in Betracht. Die Fatalien der Einwendung waren ursprünglich ganz die der Appellation, d. h. wenn in eigenem Namen processirt wurde, zwei, wenn in fremdem, drei Tage. Durch M. Aurelius wurde dieser Punkt zunächst für Rom und die urbica dioecesis neu bestimmt[2164]. Die ganze neu festgesetzte Frist bezieht sich ihrem Zwecke nach nur auf das Vorbringen oder die Contestation der Gründe der Excusation und Nomination, nicht auf deren Beweis und Ausführung[2165]. Ist der Vormund blos vor Gericht erschienen, ohne Gründe der Excusation angeführt zu haben, so hat er sein Excusationsrecht verloren[2166], außer wenn er wider seinen Willen und ohne seine Schuld an der Fortsetzung des Processes verhindert worden ist, wo ihm die Rücksicht auf Ehehaften zu Statten kommt[2167]. Das processualische Organ des Verlustes ist eine praescriptio von 50 Tagen[2168], nicht in der Bedeutung einer Anfangsclausel der Formel, sondern in dem allgemeinen Sinne, in welchem Einreden, welche von der Versäumniß einer Frist hergenommen sind, auch im Cognitionsverfahren Präscriptionen heißen[2169]. Die Folge des gänzlichen Verlustes aller Excusationen ist, daß der Vormund von Zeit der Ernennung an ipso iure Tutor ist und von Zeit der erlangten Kenntniß seiner Bestellung das periculum cessationis trägt[2170], welches der Pflegling mit der actio tutelae oder negotiorum gestorum utilis geltend machen kann[2171]. Der Vormund ist also in derselben Lage, in welcher sich diejenigen befinden, von welchen die Obrigkeit decretirt, daß sie auf ihre

---

2162) L. 14. C. V. 62.
2163) Vgl. Rudorff Bd. 2, S. 186 flg.
2164) Vgl. über die von diesem bestimmte Frist und das Justinianeische Recht sowie über Berechnung der Frist den Artikel Cura Bd. III, S. 194.
2165) L. 38. D. 27. 1. Vat. Fragm. §. 164.
2166) L. 13. §. 1. 6. 8. D. 27. 1.
2167) L. 13. §. 6. D. eod.
2168) Vat. Fragm. §. 156. L. 3. C. V. 62.
2169) L. 1. pr. D. 50. 5.
2170) L. 5. §. 1. L. 5. §. 10. L. 17. D. 26. 7. L. 8. 19. C. V. 37.
2171) L. 37. D. 27. 1.

Gefahr zögern[2172]). Es hilft sogar dem Tutor nichts, wenn er ungeachtet der versäumten Excusationsfrist doch von der Obrigkeit losgesprochen wird; er bleibt auch hier ipso iure Tutor, muß das periculum tragen und die Ernennung eines anderen Tutors anstatt seiner ist null und nichtig[2173]). Nur wo die datio selbst nichtig ist, z. B. wegen Incompetenz des bestellenden Magistrates, ist die Beobachtung der Excusationsfrist nicht nöthig, vielmehr die Geltendmachung der Nichtigkeit zu jeder Zeit zulässig[2174]). Ebenso wenn die datio zwar giltig ist, aber dem Vormunde eine nothwendige Excusation zur Seite steht, schadet die Versäumniß der Fristen ihm nicht, weil, wenn er davon keinen Gebrauch macht, die Obrigkeit auf Antrag der Angehörigen des Pupillen ihm entfernen kann. Hier trägt also der Tutor, wenn er nicht etwa pro tutore sich den Geschäften unterzogen hat, auch kein periculum cessationis[2175]). b) Formalien. Hinsichtlich der Formalien der Excusation kommt es darauf an, ob Sessionen oder Ferien sind[2176]). Was das Anbringen der Nomination anlangt, so überreicht bei dieser der Vormund dem Magistrate von dem Tribunal oder de plano einen contestatorischen Libell, dessen Form ein Rescript von M. Aurelius näher bestimmt. Dieser ist in vier Exemplaren zu übergeben. Die innere Einrichtung, wie sie in den Vaticanischen Fragmenten nicht nur beschrieben, sondern auch durch ein Formular veranschaulicht wird, ist ungefähr folgende. Man beginnt mit einer Geschichtserzählung, worin man anführt, wenn man zum Tutor ernannt worden sei und wenn man dieses erfahren habe. Alsdann erklärt man, einen Besseren vorschlagen zu wollen, und bezeichnet zu diesem Zwecke nicht nur dessen Person, sondern auch seine Eigenschaften, weshalb er potior sei, auf das Genaueste. Man giebt also den Grad seiner Verwandtschaft mit dem Pupillen, das Municipium, in welchem er Mitbürger, das Collegium, dessen Mitglied er ist, sein Vermögen, Stand, Wohnsitz und überhaupt alle hier in Betracht kommende Gründe ganz speciell an. Am Schlusse wird der Antrag an die Obrigkeit beigefügt, um der Fatalien und der Sistirung der Präscription willen diesen Libell annehmen zu wollen. Eine Verbesserung dieses Libells, z. B. ein Nachtrag vergessener Gründe der größeren Nähe des Nominirten, ist, wie bei der Excusation, nur vor dem Ablaufe der Fatalien möglich[2177]).

2) Rechtfertigung. In Ansehung der Justification des Rechtsmittels muß man die Excusation von der Nomination trennen. a) Was zuvörderst die Excusation anlangt, so sind zuerst die Fatalien, dann die

---

2172) Vat. Fragm. §. 156. L. 13. §. 1. D. 27. 1.

2173) L. 13. §. 5. D. eod.

2174) L. 13. §. 2. 12. 13. L. 37. D. eod.

2175) L. 13. §. 12. D. eod.

2176) Vgl. über das Anbringen der Excusation mit Rücksicht auf diesen Unterschied den Artikel Cura Bd. III, S. 196 flg.

2177) Vat. Fragm. §. 166. 167. 210. Paul. Sent. II. 28. §. 1.

Instruction, endlich der Beweis derselben in Betracht zu ziehen. Die Fatalien der Rechtfertigung betragen vier hinter einander fortlaufende Monate (quatuor menses continui) vom Tage der Nomination gerechnet[2178]). Die nominatio bezeichnet hier nicht die professio, allegatio oder contestatio excusationis, sondern die Ernennung zum Vormunde[2179]). Die Frist besteht also nicht aus vier neuen Monaten von der Vorschützung der Excusation, sondern aus vier Monaten von der Bestellung an gerechnet. Da aber das fatale interpositionis erst a die notitiae läuft, so würde es zu ganz widersprechenden Resultaten führen, wenn man das fatale iustificationis schon von der Zeit der Bestellung an berechnen wollte. Es muß daher mit der Glosse unter dem dies nominationis der dies cognitiae nominationis verstanden werden, eine Erklärung, welche auch neuere Juristen billigen[2180]). Ebenso wird auch im Laufe dieser Frist, obschon sie ein tempus continuum ist, auf billige Hindernisse Rücksicht genommen, z. B. wenn der Vormund durch die Langwierigkeit des Verfahrens so lange aufgehalten ist, daß er in jener Frist nicht hat fertig werden können, so schadet ihm deren Versäumniß nicht[2181]). Die Instruction der Rechtfertigung erfolgt durchgehends vor dem Magistrate und zwar pro tribunali, da ja allenthalben, wo es auf eine causae cognitio ankommt, ein Verfahren de plano unstatthaft ist[2182]). Rücksichtlich des Beweises der merita oder causae gelten die allgemeinen Regeln. Die Beweislast liegt zunächst dem Provocanten ob. Die Beweismittel sind nach der Natur der verschiedenen Excusationen verschieden. Mißlingt der Beweis eines Grundes, so kann während der noch laufenden Justificationsfrist noch der Beweis eines zweiten, dritten Grundes u. s. w. angetreten und auch noch die potioris nominatio ergriffen werden, da man durch Vorschützen einer Excusation auf dieses schwächere Mittel keineswegs verzichtet hat[2183]). Nur nach völligem Ablaufe der Frist kann zwar der Beweis einer Excusation noch zu Ende gebracht, nicht mehr aber der Beweis einer neuen unternommen werden[2184]). b) Ganz anders ist der Gang des Verfahrens bei der Nomination. Während bei der Excusation der Vormund mit demjenigen zu thun hat, welcher

---

2178) L. 38. D. 27. 1.

2179) Vgl. Haubold, exerc. iur. civ. de temporis continui et utilis computatione c. 5. (in Opusc. T. I. p. 424.)

2180) Ant. Faber, Iurispr. Pap. Scient. XXIV. 1. 7. Haubold l. c.

2181) L. 39. D. 27. 1.

2182) Dies ist der Sinn der vielfach mißverstandenen L. 25. D. 27. 1. von Ulpian. Accursius erklärt dieselbe so, als ob zur Contestation der Excusationsgründe persönliche Gegenwart des Tutors erforderlich wäre oder als ob dieselbe wenigstens nicht durch eine Eingabe geschehen könnte, sondern pro tribunali geschehen müßte. Diesem widerspricht aber nicht nur die ratio iuris, indem nicht einzusehen ist, welchen Nutzen eine persönliche und mündliche Verhandlung da haben sollte, wo es blos auf Unterbrechung der Präscription ankommt, sondern auch das Zeugniß Modestin's in L. 13. §. 10. D. 27. 1.

2183) L. 21. §. 1. D. 27. 1. Vat. Fragm. §. 206. §. 16. Inst. I. 25.

2184) L. 39. D. 27. 1.

ihn zum Vormunde vorschlug, hat er bei der Nomination eines Besseren eben diesen potior, welchen er vorschlug, zum Gegner. Deshalb hat das Nominationsverfahren folgende von dem Excusationsverfahren abweichende Eigenthümlichkeiten: aa) der Vormund hat zuvörderst die Vorladung des von ihm in Vorschlag gebrachten Besseren auszuwirken. Zu diesem Behufe bittet er den Magistrat gleichzeitig mit der Einreichung des Nominationslibells um eine Denunciation im Namen und aus obrigkeitlicher Macht des Magistrates selbst (ut denuncietur ex auctoritate)[2185]. Ist diese fruchtlos, so bittet der Vormund den Magistrat um ein Rescript oder eine Requisition an die Behörden des Municipiums, dessen civis oder incola der vorgeschlagene Bessere ist, damit diese durch die ihr zu Gebote stehenden Mittel dessen Erscheinen bewirke (ut compellant eum venire). Diese Bitte wird gewöhnlich in einer zweiten Eingabe (libelli) dem Magistrat vorgetragen, welche jedoch von dem Nominationslibell wohl zu unterscheiden ist. Das Requisitionsschreiben wird ihm den Tag nach seiner Eingabe zugefertigt und er erhält hierauf eine Frist zur Reise, 20 Meilen auf den Tag gerechnet, um es den Municipalbehörden zu behändigen[2186]. Zehn Tage Frist hat er, um deren Antwort abzuwarten. Nach Ablauf dieser Zeit muß er mit der Antwort zum Magistrat zurückreisen, wobei ihm wieder für jede 20 Meilen der Entfernung ein Tag zu Gute gerechnet wird, und dann hat er in der nächsten Session pro tribunali die Antwort dem Magistrat zu überreichen, damit dieser das Nöthige darunter eigenhändig bemerke[2187]. bb) Die Fatalien der Nomination sind nicht, wie die der Excusation, vier Monate von der Nachricht der Ernennung an gerechnet, sondern der Nominant muß von dem Tage der Nomination an bis zum Ende des Processes in jeder Sitzung den Magistrat wegen Betreibung seiner Sache gegen den potior angehen; versäumt er auch nur eine einzige Session, so kann er mit einer Präscription ausgeschlossen werden[2188]. Ausgenommen sind jedoch erstens: die Sessionen de plano, weil das ganze Verfahren als eine causae cognitio nur pro tribunali verhandelt werden kann[2189]; zweitens: die Sessionen während der Zeit zwischen der Erlangung des Requisitionsschreibens und der Zurückgabe desselben an den Magistrat, weil er während dieses Zeitraums abwesend sein muß, um die Ueberbringung der literae und die Citation zu besorgen, ihm mithin nicht zugleich die Betreibung seiner Sache in Rom zugemuthet werden kann[2190]. cc) Ist der Nominat vor dem Magistrat erschienen, so beginnt pro tribunali zwischen ihm und dem Nominanten ein contradictorisches Verfahren, bei welchem besonders zu unterscheiden

2185) Vat. Fragm. §. 167.
2186) Ibid. §. 162.
2187) Ibid. §. 162. 163.
2188) Ibid. §. 161. 165.
2189) Ibid. §. 161.
2190) Ibid. §. 165.

ist, ob der Nominat seine Eigenschaft als potior leugnet oder zugesteht. Leugnet er, näher zur Vormundschaft zu sein, so darf er keinen Besseren mehr in Vorschlag bringen, und wird er durch den Nominanten der Unwahrheit förmlich überführt, so darf er sogar sich nicht einmal mehr excusiren[2191]). Mißlingt dem Nominanten dieser Beweis, so steht ihm innerhalb der 50tägigen Nominationsfrist noch eine zweite Nomination, nicht aber noch eine Excusation frei[2192]), weil die Ergreifung der Nomination schon die stillschweigende Erklärung enthält, daß er keine Excusation habe, indem er sonst nicht zuerst das schwächere Mittel ergriffen haben würde[2193]). Selbst Restitution wegen Irrthums findet dagegen nicht statt, weil dieser Irrthum nur Rechtsirrthum sein würde[2194]), und eine Protestation wird, als eine protestatio factis contraria, ebenfalls nicht beachtet[2195]). Der Nominat kann aber auch zugeben, daß er näher sei, aber seinerseits noch selbst wieder einen Besseren benennen, was vor der Oratio Severi viel häufiger vorkam als nach derselben, welche diese Befugniß so sehr beschränkte. Benennt der Nominat wirklich einen noch Näheren (magis potior), so beginnt zwischen ihm und diesem ein neues Verfahren[2196]).

3) Endurtheil und Rechtsmittel[2197]). Nach beendigtem contradictorischem Verfahren entscheidet ein Decret des Magistrates über die Relevanz der Excusation oder Nomination. Ueber die Folgen, je nachdem das Decret günstig oder ungünstig für den Vormund ausfällt, ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[2198]). Gegen das Urtheil sind indessen noch folgende Rechtsmittel zulässig: a) die Appellation oder Provocation[2199]). Die Fatalien sind im älteren römischen Rechte zwei oder drei, im neueren zehn Tage. Während der Instruction der Appellation wird ein interimistischer Vormund bestellt[2200]). Die Instruction wird auch, wenn der Tutor während derselben gestorben oder der Pupill mündig geworden ist, fortgesetzt, indem es noch immer eines Erkenntnisses, wenn auch nicht über die Excusation selbst, doch über die Gefahr der Zwischenzeit bedarf[2201]). Diese trägt nämlich, wenn die Appellation ebenfalls verworfen wird, der Tutor oder dessen Erbe[2202]). b) Nichtigkeitsbeschwerde. Diese findet in folgenden Fällen statt: aa) wenn das Urtheil, welches die Excusation verwirft,

2191) Ibid. §. 208.
2192) Ibid. §. 164.
2193) Ibid. §. 207.
2194) Ibid. §. 242.
2195) Ibid. §. 207. fin.
2196) Ibid. §. 206.
2197) Dig. Lib. 49. Tit. 10. Si tutor vel curator magistratus creatus appellaverit. Cod. Lib. V. Tit. 63. Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.
2198) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 196.
2199) L. 13. pr. D. 27. 1. L. 1. §. 1. D. 49. 4.
2200) L. 2. 28. D. 26. 5. L. 17. §. 1. D. 49. 1.
2201) L. 39. §. 6. D. 26. 7. L. 15. C. V. 62. L. 2. D. 49. 10.
2202) L. 20. 39. §. 6. D. 26. 7.

nicht blos ein subjectives Recht der Partei (ius litigatoris), sondern einen klaren Rechtssatz (ius constitutionis) verletzt. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Richter gesetzlich anerkannte Excusationsgründe, wie Alter, Kinder u. s. w. als ganz irrelevant nicht einmal zum Beweise zulassen will[2203]. bb) Umgekehrt wenn das Decret Excusationen zuläßt, welche auf nichtigen oder irrelevanten Behauptungen beruhen, z. B. auf Privilegien, welche erst in aller Eile nach erhobener petitio erworben oder nach abgelaufener Verjährung vorgebracht sind, oder auf Excusationsgründen, welche durch Verzicht beseitigt sind oder rechtlich gar nicht existiren[2204], so ist es ebenfalls nichtig[2205]. Es bedarf mithin gegen dasselbe keiner Restitution, sondern es genügt eine einfache, an keine Verjährungsfrist gebundene Allegation, welche sowohl bei derselben Behörde als bei dem Kaiser vorgebracht werden kann[2206]. Wird sie durchgesetzt, so muß der Vormund das periculum administrationis et cessationis von der Zeit der Kunde der Bestellung an tragen[2207], vorausgesetzt, daß der Vormund in bösem Glauben sich befand, d. h. daß er die Nichtigkeit seiner Excusation kannte. Beruhigte er sich dagegen bona fide bei dem ihn entbindenden Decrete, so kann die utilis actio wegen Cessation nicht gegen ihn angestellt werden[2208].

Zweite Abtheilung. Heutiges Recht.

Mit der Einführung des römischen Rechtes ist auch dessen Grundsatz, daß jeder, welcher zu einer Vormundschaft berufen wird, dieselbe zu übernehmen verbunden sei, wenn er nicht entweder überhaupt unfähig dazu ist oder gesetzliche Excusationsgründe für sich geltend zu machen vermag, mit wenigen Ausnahmen allgemein geltend geworden[2209]. Als Entschuldigungsgründe werden gemeinrechtlich nur die im römischen Rechte enthaltenen anerkannt. Jedoch können einige derselben wegen Mangels des Objectes bei uns nicht mehr vorkommen; andere sind durch den Gerichtsgebrauch oder das Particularrecht modificirt worden. Auch hat das Particularrecht bisweilen zu den gemeinrechtlichen noch einige Ablehnungsgründe hinzugefügt[2210]. Häufig gilt auch die allgemeine Regel, daß bei Beurtheilung der Entschuldigungsgründe nicht so sehr auf die römischen Bestimmungen, als auf die Beschaffenheit der Um-

2203) L. 1. §. 2. D. 49. 8.
2204) L. 28. pr. D. 27. 1. L. 2. C. V. 63. L. 11. §. 2. D. 4. 4.
2205) §. 20. Inst. I. 25.
2206) L. 1. C. V. 63. L. 11. §. 2. D. 4. 4.
2207) L. 1—3. C. V. 63.
2208) Vgl. L. 37. D. 27. 1.
2209) Eine solche Ausnahme macht die Rudolst. Vorm.-O. §. 13, nach welcher nicht leicht Jemand wider seinen Willen zur Uebernahme einer Vormundschaft gezwungen werden soll und die Verpflichtung zur Uebernahme nur ausgesprochen ist, wenn ein anderer schicklicher Vormund nicht zu erlangen ist oder besondere Umstände, z. B. vorzügliche Kenntniß eines gewissen Gewerbes, welche bei der Verwaltung der Vormundschaft nöthig ist, bei dem zum Vormunde Ausersehenen sich findet.
2210) Siehe kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 9, §. 1, Nr. 2, 3, 4, 8.

stände zu sehen sei[2211]). Das Nähere darüber ist bereits vorher bei der Darstellung der Lehre von den Excusationen nach römischem Rechte erwähnt worden. In manchen Particularrechten ist vorgeschrieben, daß in Ermangelung anderer geschickter Personen selbst solche, denen einer der gesetzlichen Entschuldigungsgründe zur Seite steht, zur Uebernahme der Vormundschaft angehalten werden können[2212]). Die Excusation muß heutzutage bei der Obrigkeit immer angebracht werden, welcher die Bestätigung des Vormundes obliegt[2213]). Die Frist, binnen welcher dies geschehen muß, ist jetzt nirgends mehr die römische. Neuere Gesetzgebungen bestimmen weit kürzere Fristen[2214]). Wo keine gesetzliche Bestimmung darüber vorhanden ist, hängt die Frist vom richterlichen Ermessen ab. Die Frist ist heutzutage auch ein tempus utile; doch fängt sie, wenigstens bei insinuirten Decreten, erst mit dem Tage nach dem Tage der Behändigung des Decretes zu laufen an, was aber nicht aus dem römischen, sondern aus dem teutschen Rechte herzuleiten ist[2215]). Ueber das weitere Verfahren enthalten nur wenige Gesetzgebungen einige Bestimmungen. So soll nach preußischem Rechte derjenige, welcher eine Excusation vorschützt, dies und den Grund der Entschuldigung zu Protocoll erklären, und darauf an demselben oder dem nächsten Sessionstage durch Resolution beschieden werden[2216]). Auch gemeinrechtlich hält man sich nicht mehr genau an die römischen Vorschriften; es findet vielmehr überall ein unbestimmtes summarisches Verfahren statt. Die Excusation muß heutzutage immer vor der Bestätigung angebracht werden; denn läßt sich der Vormund diese ohne Widerspruch ertheilen, so liegt darin eine Verzichtleistung auf dieselbe. Dies gilt auch von einem Vormunde, welcher auf eine mangelhafte Weise in einem letzten Willen ernannt ist, da der römische Grundsatz, daß ihm die zum Anbringen der

2211) Nürnberg. Reform. Tit. 39, Ges. 5. Cod. Maxim. bavar. I. 7. §. 21.

2212) Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 9, §. 2.

2213) Abweichend ist das österreich. Gesetzb. §. 201 insofern, als der zur Vormundschaft Berufene, wenn er dem Vormundschaftsgerichte für seine Person nicht unterworfen ist, sich an seinen ordentlichen Richter wenden muß, welcher seine Entschuldigungsgründe begutachten und dem Vormundschaftsgerichte zur Entscheidung vorlegen soll.

2214) Eine Frist von 14 Tagen bestimmen Cod. Maxim. bavar. I. 7. §. 20. österreich. Gesetzb. §. 201, Frankf. Reform. VII, 3, 12; von 8 Tagen die Hamb. Vorm.=O. v. 1831 Art. 16, kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 9, §. 2 (letztere gestattet, wenn wegen Entfernung des Ortes das Anbringen binnen 8 Tagen nicht möglich sein sollte, eine 14tägige Frist). Die preuß. allgem. Gerichtsordn. Tit. 39, §. 2 verlangt Einwendung der Excusationen bis zum Verpflichtungstermine. Der Code civil art. 438. 439. gestattet nur Abwesenden eine Frist von drei Tagen, es wird jedoch für jede sechs Stunden, welche ihr Wohnsitz vom Orte der Bestellung entfernt ist, ein Tag zugegeben.

2215) Gegen die Ansicht von Goddäus und Voet, welche dies aus dem römischen Rechte herleiten, vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 101 flg. Schweppe, jurist. Magazin I, 1, IX, S. 119 flg. Ueber das teutsche siehe Grimm, Rechtsalterthümer S. 217, 220 flg.

2216) Preuß. Gerichtsordn. Tit. 39, §. 3. Landr. II, 18, §. 205.

Excusation bestimmte Frist vor ertheilter Confirmation nicht zu laufen beginnt[2217]), damit zusammenhängt, daß er vor deren Ertheilung gar nicht als gehörig bestellt angesehen werden könnte, während im heutigen Rechte hinsichtlich der Nothwendigkeit der Bestätigung kein Unterschied zwischen einem gehörig und einem mangelhaft ernannten Vormunde stattfindet. — Die potiorum nominatio ist nach dem früher Bemerkten schon im Justinianeischen Rechte nicht mehr praktisch, umsoweniger im heutigen.

Vierter Abschnitt. Verwaltung der Vormundschaft.

Erste Abtheilung. Antritt der vormundschaftlichen Amtsführung.

A. Bestätigung[2218]).

B. Cautionen[2219]).

AA. Römisches Recht. 1) Satisdation[2220]). Ueber den Ursprung der satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore ist bereits in dem Artikel Cura berichtet worden. Das competente Gericht, vor welchem der Tutor die Stipulation zu leisten hat (ubi sponsione se defendere debet) ist in Rom der Prätor, in den Provinzen der Statthalter[2221]). Da jedoch die stipulatio eine necessaria ist, so hat der Vormund unter Umständen nach vorgängigem Gefährdeeide das Recht der remissio oder evocatio in municipium, d. h. er darf vor der Behörde seines Wohnortes oder in einer anderen ihm bequemer gelegenen Stadt derselben Provinz die Satisdation ableisten[2222]). Wegen des Uebrigen ist auf den Artikel Cura zu verweisen.

2) Caution durch Pfänder. Eine Caution durch Pfänder als Surrogat der satisdatio rem solvam fore gestattet das römische Recht dem Vormunde nicht, weil alle prätorischen Satisdationen nur durch Bürgschaft geleistet werden können[2223]). Wohl aber kommt neben der Bürgschaft, und wo diese ausnahmsweise wegfällt, eine Verpfändung des Vermögens vor, welche im Justinianeischen Rechte aber nur dann, wenn die Mutter oder Großmutter Vormünderin ist, ausdrücklich geschehen muß, bei allen übrigen Vormundschaften aber schon stillschweigend erfolgt.

3) Caution durch Eid. Neben der Caution durch Bürgen oder Pfänder hat sich der Vormund auch noch durch Eid oder Hand-

---

2217) L. 1. 2. C. V. 29.

2218) Vgl. darüber diesen Artikel: Besond. Theil Abschn. II. Abth. 6.

2219) Siehe den Artikel Cura Bd. III, S. 155—157.

2220) Inst. I. 24. De satisdatione tutorum vel curatorum. Dig. 46. 6. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. V. 42. De tutore vel curatore, qui satis non dedit. Nov. 78. cap. 8. Nov. 118. cap. 5.

2221) L. 2. D. 46. 6. L. 8. §. 5. 6. D. 2. 8.

2222) L. 7. §. 1. L. 8. §. 4. D. 2. 8.

2223) L. 4. §. 1. D. 46. 6. L. 7. D. 46. 5.

schlag an Eides Statt zur gewissenhaften Erfüllung seiner Amtspflichten verbindlich zu machen. Gesetzlich vorgeschrieben wurde dieser Eid zuerst von Justinian im Jahre 530 für den Curator eines Wahnsinnigen. Die Eidesformel lautet dahin, daß der Curator gehörig administriren, des Pflegebefohlenen Bestes wahrnehmen und seinen Schaden verhüten wolle[2224]). In einem späteren Gesetze von 538 kommt dieser Eid auch bei Vormündern unmündiger und minderjähriger Personen, selbst in dem Falle vor, wenn die Einkünfte des Vermögens nur zu ihrem Unterhalte ausreichen[2225]). Doch findet sich noch unter Justinian in dem Reatinischen Protocoll von 557 ein einfaches Gelöbniß des Vormundes ohne Eid[2226]).

BB. Teutsches und heutiges Recht. In Teutschland ist schon in den Rechtsquellen der mittleren Zeit der Grundsatz ausgesprochen, daß der Vormund bei dem Antritte der Vormundschaft Sicherheit bestellen muß, daß er die Vormundschaft redlich führen werde[2227]). Die Art der Sicherheitsleistung anlangend, so sprechen manche Rechtsquellen hier blos von Bürgen[2228]), andere, und zwar die meisten, verlangen Sicherheitsbestellung mit Grundstücken[2229]) und gestatten nur ausnahmsweise, wenn der Vormund keine oder nicht hinreichende Grundstücke hat, die Bestellung von Bürgen. Kraut hält es indessen, da die Verpflichtung aus der Bürgschaft nach dem teutschen Rechte regelmäßig nicht auf die Erben übergeht, mithin eine gewöhnliche Bürgschaftsbestellung eine sehr ungenügende Sicherheit gewährte, für wahrscheinlich, daß unter den Bürgen, welche die erstere Klasse von Rechtsquellen verlangt, nicht gewöhnliche Bürgen, sondern wie es die Glosse zum Art. 26 des sächsischen Weichbildes ausdrückt: „untödliche bürgen, das ist solche pfande, die unzergenglichen sind" zu verstehen seien, und daß also diese Klasse von Rechtsquellen in der Sache mit der ersten übereinstimmt. Aber nur wegen der fahrenden Habe des Mündels mußte der Vormund Sicherheit bestellen; denn die Grundstücke vergewisserten sich selbst, wie die teutschen Rechtsquellen sich ausdrücken, d. h. sie waren schon ihrer Natur nach sicher genug[2230]). — Was die Frage anlangt, wenn Sicherheit zu leisten sei, so ist schon früher bemerkt worden (vgl. allgem. Theil Abschn. 6.), daß nach den älteren Rechtsquellen dem Vormunde nur gegen die nächsten Erben des Mündels die Pflicht zur Sicherheitsbestellung obgelegen habe, daß nach etwas späteren aber die

2224) L. 7. §. 4—7. C. V. 70. wiederholt in L. 27. C. I. 4.

2225) Nov. 72. pr. cap. 8. Nov. 155. praef.

2226) Gesta Reat. a. 557. p. 137. Vgl. L. 28. §. 4. C. V. 37.

2227) Solche Rechtsquellen führt an Kraut §. 47, N. 1, Bd. 2, S. 42.

2228) Sächs. Landr. B. 2, Art. 23, §. 2. Alte Lüneb. Stat. bei Dreyer, Nebenstunden 373, 25.

2229) Hamb. Stat. v. 1270 V, 2. (Stad. Stat. v. 1279 IV, 2.) Lüb. Recht C. Hach. III. 290.) Magdeb. Recht v. 1304 Art. 134.

2230) Magdeb. Recht v. 1304 Art. 134. Andere Quellen führt an Kraut §. 47, N. 6, Bd. 2, S. 43.

nächsten Blutsverwandten des Mündels überhaupt berechtigt gewesen seien, Sicherheitsleistung vom Vormunde zu verlangen; daß ferner schon nach Statuten des 14. Jahrhunderts die Obrigkeit auch Sicherheitsleistung von Seiten des Vormundes zu Gunsten des Mündels und dessen rechter Erben Bedacht zu nehmen habe, und daß die Reichspolizeiordnungen auch hier nur von der Obrigkeit allein sprächen, ohne einer Verbindlichkeit gegen die Verwandten dabei zu gedenken. Indessen beschränkt sich der Unterschied des älteren und späteren Rechtes darin, daß nach dem ersteren dem Vormunde die Pflicht zur Sicherheitsleistung nur gegen die nächsten Erben des Mündels, nach dem letzteren gegen dessen nächste Verwandte überhaupt oblag, nur auf das sächsische Recht. Denn in nicht sächsischen Rechtsquellen wird schon früh anderen Verwandten, als den nächsten Erben des Mündels, das Recht beigelegt, Sicherheitsleistung vom Vormunde zu verlangen. So gestehen die friesischen Rechtsquellen jene Befugniß ausdrücklich bald den Verwandten von der väterlichen, bald denen von der mütterlichen Seite überhaupt zu[2231]), und andere Rechte legen sie immer derjenigen Klasse der Verwandten bei, zu welcher der Vormund nicht gehört, so daß, wenn er ein Schwerdtmage ist, die Verwandten des Mündels von der mütterlichen Seite von ihm Sicherheitsbestellung verlangen können und umgekehrt[2232]). Auch ist noch eine andere damit zusammenhängende Rechtsverschiedenheit hervorzuheben, welche darin besteht, daß da, wo nur die nächsten Erben des Mündels die Sicherheitsleistung verlangen können, sie in der That zunächst nur zu ihrem Vortheile, nicht zu dem des Mündels gereicht, während da, wo der Vormund auch anderen Verwandten des Mündels Sicherheit bestellen muß, diese sie nur im Interesse des Mündels, weil sie die Aufsicht über den Vormund führen, verlangen. Das Erstere wird besonders dadurch klar, daß es ausdrücklich gesagt wird, daß, wenn nur die nächsten Erben die Sicherheitsleistung verlangen können, dieselbe wegfällt, sobald der Vormund selbst der einzige nächste Erbe des Mündels ist[2233]). Das Letztere dagegen folgt theils schon daraus, daß die übrigen Verwandten außer den nächsten Erben des Mündels kein eigenes Vermögensinteresse bei der Sicherheitsleistung des Vormundes haben können, theils sagen manche hierher gehörige Rechtsquellen ausdrücklich, daß der Vormund dem Mündel die Sicherheit zu bestellen habe[2234]). Uebrigens war von dieser Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung keine

---

2231) Siehe Kraut Bd. 2, S. 44 und die in Note 7 daselbst angeführten Rechtsquellen.

2232) Z. B. Dortmund. Stat. aus dem 15. Jahrh. bei Meyer und Erhardt, Zeitschr. f. vaterl. Gesch. Bd. 3, S. 306, §. 119.

2233) Sächs. Distinct. bei Pölman I, 14, 4. (Magdeb. Fragen I, 8, 8.) Vgl. sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 2. Sächs. Distinct. bei Pölman I, 14, 20. Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme 6, 150, Nr. 1.

2234) Goslar. Stat. S. 17, Z. 19. Rechtsb. nach Distinct. B. 1, Cap. 49, dist. 6. Siehe auch Const. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigan Archiv B. 1, H. 3, S. 38.

Art von Vormündern frei. Daher mußten sowohl die geborenen Vormünder, als auch die gekorenen Sicherheit bestellen[2235]). Selbst der Vater, wenn er nach dem Tode seiner Frau, und die Mutter, wenn sie nach dem Tode ihres Mannes die Vormundschaft über die Kinder führte, mußten diese Sicherheit bestellen[2236]). Dem Vormunde lag aber die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nur dann ob, wenn er selbst das Vermögen des Mündels verwaltete. Namentlich war er dann davon befreit, wenn die Mutter noch lebte und das Vermögen der Kinder in Händen hatte. Nach manchen Statuten muß er aber in diesem Falle sich von der Mutter Sicherheit bestellen lassen, daß das Vermögen der Kinder in ihren Händen nicht verschlechtert werde[2237]). Einige Statuten, welche die Pflicht des Vormundes zur Sicherheitsbestellung kennen, betrachten sie jedoch nicht als Regel, sondern lassen sie nur dann eintreten, wenn der Vormund nach der Ansicht der Blutsverwandten des Mündels kein sicherer und zuverlässiger Mann ist, indem sie in diesem Falle die Wahl haben, ob sie Sicherheitsleistung von ihm verlangen oder sofort die Vormundschaft einem Anderen übertragen wollen[2238]). Der Vormund ist aber nicht blos bei dem Antritte der Vormundschaft, sondern auch, wenigstens nach dem mittelalterlichen sächsischen Rechte, während der Dauer derselben, zur Sicherheitsleistung verbunden, wenn Verdacht entsteht, daß er mit dem Vermögen seines Mündels nicht ordentlich umgehe. Die Quellen nennen als berechtigt, diese Sicherheitsbestellung von ihm zu fordern, bald die Erben des Mündels[2239]) oder überhaupt dessen Verwandte, bald den Stadtrath[2240]). War er nicht im Stande, genügende Sicherheit zu bestellen, so war der nach ihm nächste Schwerdtmage berechtigt, sich der Vormundschaft zu unterwinden[2241]). — Im heutigen Rechte ist der Vormund ohne Unterschied des Grundes, aus welchem er zur Vormundschaft berufen wird, nach der Vorschrift der Reichspolizeiordnungen zur Sicherheitsbestellung verpflichtet[2242]). Dieselben behalten also das ältere teutsche Recht bei; denn das römische

---

2235) Const. de tutoribus der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 38. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 46, N. 11.

2236) Schwerin. Recht v. 1222 §. 20 (Westphalen 1. 2007), wiederholt in dem Schwerin. Recht v. 1224 §. 20, v. 1235 §. 20, v. 1263 §. 21 (Westphalen 1. 2022. 2023. 2027.). Leobschütz. Stat. bei Böhme 2, 18.

2237) Lüb. Recht Cod. Brok. III. 353. abgedruckt bei Hach, das alte Lüb. Recht Cod. II. Art. 27, N. 8.

2238) Augsburg. Stat. v. 1276 bei v. Freyberg S. 109. Alte Lüneb. Stat. bei Dreyer §. 25.

2239) Rechtsb. nach Distinct. I, 50, 3.

2240) S. Goslar. Stat. S. 18, Z. 26—29.

2241) Rechtsb. nach Distinct. a. a. O.

2242) Reichspolizeiordn. v. 1548 Tit. 31, §. 3, v. 1577 Tit. 32, §. 3: „daß er (nämlich ein jeder Vormünder, er sei gleich in Testamentsweiß verordnet, oder durch das Recht oder den Richter gegeben) nach befohlener Verwaltung — rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung thue.“

Recht verschont nur die testamentarischen und die ex inquisitione vom Magistrat gegebenen Vormünder mit der Cautionsleistung. Indessen erscheint jene Vorschrift der Reichspolizeiordnungen wenigstens bei den vom Vater des Pflegebefohlenen ernannten testamentarischen Vormündern als eine zu weit getriebene Vorsicht, weil anzunehmen ist, daß ein Vater seinen Kindern nur denjenigen zum Vormund bestellen werde, dessen Treue und Sorgfalt er vorher gehörig geprüft hat. Manche Particulargesetze verschonen auch testamentarische Vormünder mit der Caution[2243]. Auch die Mutter als Vormünderin wird nach manchen Particularrechten mit der Caution verschont[2244]. In Bezug auf die Art der Sicherheitsleistung weicht das heutige Recht ebenfalls vom römischen ab. Denn während sie nach diesem stets durch Bürgen zu leisten ist, genügt nach dem heutigen Rechte ebensogut eine Caution durch Pfand oder Hypothek. Wenn auch diese Abweichung vom römischen Rechte von den Juristen gewöhnlich darauf gestützt wird, daß die Reichspolizeiordnungen keine besondere Art der Cautionsleistung vorschreiben, so beruht sie doch in der That auf einer Beibehaltung des älteren teutschen Rechtes. Wegen der strengen Aufsichtsführung der Obervormundschaft über den Vormund und wegen des dem Mündel nach den Grundsätzen des römischen Rechtes heutzutage an dem Vermögen des Vormundes zustehenden stillschweigenden Pfandrechtes wird in Teutschland schon lange, wenigstens wenn der Vormund Grundstücke im Inlande eigenthümlich besitzt, gewöhnlich keine besondere Cautionsleistung mehr verlangt, sondern man begnügt sich mit jener gesetzlichen Hypothek. Auch haben mehrere Particularrechte aus älterer und neuerer Zeit ausdrücklich dem Vormunde, so lange nicht ein besonderer Verdacht gegen ihn entsteht, die Cautionsleistung entweder ganz erlassen[2245] oder doch deren Bestellung von dem Ermessen der Obrigkeit abhängig gemacht[2246]. Die neuesten Vormundschaftsgesetze schweigen ganz von der Cautionspflicht[2247]. Wo die gesetzlichen Hypotheken aufgehoben sind und eine Cautionspflicht des Vormundes überhaupt noch stattfindet, ist es gewöhnlich, daß derselbe dem Mündel durch gerichtliche Eintragung auf Grundstücke eine Hypothek bestellt[2248] oder, wenn er nicht an-

2243) Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 433. Altenburg. Vorm.-O. §. 10. Es ist dies aber nur Regel; denn im Falle des Verdachtes einer unordentlichen Verwaltung oder der Nichtablegung der Rechnung binnen sechs Monaten nach dem dazu bestimmten Termine können sie doch zur Cautionsleistung nach dem erstgedachten Gesetzbuche angehalten werden.

2244) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 10, §. 6. Altenb. Vorm.-O. §. 20.

2245) Hamburg. Stat. III, 6, 13 a. E. Nürnberg. Reform. Tit. 39, Ges. 7, §. 3. Frankf. Reform. VII, 2, 16. Oesterreich. Gesetzb. §. 216.

2246) Z. B. Cod. Maxim. bavar. I. 7. §. 9.

2247) So die Lüb. Vorm.-O. v. 1820, die Brem. Vorm.-O. v. 1826, die Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 und das Zürich. Vorm.-Ges. 1841. Auch der Cod. Napoléon kennt sie nicht; s. Thibaut, franz. Civilr. §. 131.

2248) Preuß. Landr. II, 18, §. 425—428. Altenburg. Hypoth.-Ges. v.

gesessen ist, Caution durch Bürgen leistet. Ist er keines von beiden zu leisten im Stande, so darf er, wofern er nicht andere genügende Sicherheit nach dem Ermessen der Obervormundschaft zu bestellen vermag, gar nicht zur Vormundschaft gelassen werden. Manche Gesetze lassen ihn aber auch ohne alle Cautionsleistung zu, wenn er den Ruf der Redlichkeit und ordentlichen Wirthschaft für sich hat[2249]). Die Eintragung einer Hypothek auf die Grundstücke des Vormundes kann immer nur auf eine bestimmte Summe geschehen. Diese muß aber nicht nothwendig dem Werthe des Mündelvermögens gleich sein, sondern richtet sich, wie die Caution überhaupt, nur nach dem Verhältniß des Theiles des Mündelvermögens, welcher wirklich in den Händen des Vormundes gelassen wird. Dies ist aber gewöhnlich nur so viel, als zum Unterhalte des Mündels, zu dessen Erziehung und zur Fortführung der Verwaltung nothwendig ist. Denn die Schuldurkunden sowie auch bedeutende Baarschaften und Kostbarkeiten werden heutzutage gewöhnlich nicht dem Vormunde anvertraut, sondern in der Regel sofort nach der Errichtung des Inventars oder auch wohl schon bei der Versiegelung des Nachlasses in gerichtliche Verwahrung genommen. — Von einer Beeidigung des Vormundes bei dem Antritte der Vormundschaft findet sich im älteren teutschen Rechte sowenig eine Spur, wie im älteren römischen Rechte. Die Reichspolizeiordnungen haben auch in dieser Beziehung das neuere römische Recht bestätigt[2250]), so daß also gemeinrechtlich eidliche Verpflichtung der Vormünder nothwendig ist. Mehrere Particularrechte haben aber in dieser Beziehung das ältere teutsche Recht beibehalten und verlangen entweder gar keine eidliche Verpflichtung des Vormundes oder doch nur ein bloßes Handgelöbniß desselben, womit man sich auch heutzutage meistens begnügt[2251]).

---

13. October 1852 §. 36. Rudolst. Ges. v. 6. Juni 1856 §. 16. Goth. Ges. v. 21. April 1854 §. 17.

2249) Z. B. preuß. Landr. II, 18, §. 434.

2250) Reichspolizeiordnung v. 1548 Tit. 31, §. 3, v. 1577 Tit. 32, §. 3. Diese verlangen: „daß er (der Vormund) nach befohlener Verwaltung — mit Gelübden und Eyden beladen werde, daß er seinen Pflegekindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren, die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen, Erkenntnuß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschwehren, und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sonder auch selbst, vermög seines anbefohlenen Ampts, auch geleister Pflicht und Eyds gebührlich Rechenschafft anbieten und thun, umb sein Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handlen, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet."

2251) Von neueren Gesetzgebungen verlangen ein bloßes Handgelöbniß das preuß. Landr. II, 18, §. 20. Oesterreich. Gesetzb. §. 205. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 14. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 29. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 43 flg. Altenb. Vorm.-O. §. 10. Rudolst. Vorm.-O. §. 20. Andere Gesetze, wenn sie auch regelmäßig Beeidung des Vormundes fordern, lassen doch bei der Mutter und Großmutter und bei Vormündern ganz armer Kinder bloßes Hand-

C. Bestimmung des Verhältnisses mehrerer Vormünder.

1) Bestimmung eines administranden Vormundes. Ist mehreren Vormündern die Tutel oder Cura deferirt, so steht das eigentliche ius tutelae et curationis jedem Einzelnen ungetheilt zu [2252]) und er ist selbst in dessen Ausübung nicht an die Einwilligung seiner Collegen gebunden [2253]), wenn nicht etwa die Vormundschaft eine gesetzliche ist. Selbst diese Ausnahme hat wenig praktische Bedeutung [2254]), da die Nothwendigkeit gemeinschaftlicher auctoritas mehrerer gesetzlicher Tutoren von Justinian aufgehoben und bei gesetzlichen Curatoren eines Wahnsinnigen die Zustimmung der übrigen, wenigstens nicht zu streng civilrechtlichen Handlungen, fingirt wird, sofern sie dem Handelnden nur nicht ausdrücklich widersprechen [2255]). Indessen wird wegen der Unzweckmäßigkeit einer solchen Gemeinschaftlichkeit der Vormundschaft, da es an der Einheit der Verwaltung fehlt, oder mindestens wegen der Unbequemlichkeit derselben durch die obervormundschaftliche Behörde entweder Einem unter den mehreren Vormündern die Verwaltung ausschließlich übertragen oder, wenn dieses unthunlich ist, die Vormundschaft getheilt [2256]). Die Ausnahme eines mit der Verwaltung allein zu betrauenden Vormundes (tutor gerens) erfolgt im allgemeinen auf zwiefache Weise: a) durch Erbieten eines Mitvormundes zur Satisdation (provocatio, satis offerre) [2257]). Diese Art der Bestimmung beruht auf einer ganz allgemeinen Regel [2258]), welche auf die Vormundschaft durch eine besondere Clausel des Edictes als anwendbar anerkannt worden ist [2259]). Ursprünglich galt diese Clausel nur den testamentarischen Vormündern [2260]), worunter jedoch auch die in confirmirten Codicillen gegebenen zu verstehen sind, wiewohl freilich andererseits nur giltig bestellte [2261]). Später wurde sie auf ex inquisitione dati und confirmati tutores angewendet, was eine Oratio der Divi Fratres bestätigte [2262]). Endlich hat man sie sogar auf gesetzliche Tutoren ausgedehnt, wenigstens in den Fällen, in welchen dieselben keine Satisdation geleistet haben oder in welchen die Satisdation auf irgend eine Weise erloschen ist [2263]).

---

gelöbniß genügen, z. B. Eisenach. Vorm.=O. §. 5. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 13, 14.

2252) L. 36. D. 26. 7.

2253) L. 3. pr. L. 24. §. 1. D. 26. 7. L. 8. §. 4. D. 46. 1. L. 2. §. 2. D. 42. 8. L. 14. §. 5. D. 46. 3.

2254) v. Löhr, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XI, S. 14, N. 5.

2255) Hiernach geht L. 7. §. 3. D. 27. 10.

2256) L. 3. §. 6. D. 26. 7.

2257) L. 5. §. 3. 4. D. 26. 4.

2258) L. 5. D. 5. 3. L. 5. D. 37. 10.

2259) L. 19. §. 1. D. 26. 2. L. 5. §. 3. D. 26. 4. L. 4. C. V. 42.

2260) L. 19. §. 1. D. 26. 2.

2261) L. 3. D. 26. 2.

2262) L. 19. §. 1. D. 26. 2. L. 4. C. V. 42. §. 1. Inst. I. 24.

2263) L. 5. §. 3. D. 26. 4. Nur bei Patronen wird die Provocation nicht

Der in diesem Edicte aufgestellte Grundsatz ist folgender. Es kann zwar keiner der mehreren Tutoren von dem anderen Caution fordern, weil die prätorische Stipulation rem pupilli salvam fore gegen testamentarische Vormünder gar nicht gegeben wird[2264]). Noch weniger steht einem, welcher nicht Tutor ist, ein solches Provocationsrecht zu, besonders da ihm, selbst wenn er Caution leisten wollte, die Tutel nicht decernirt werden könnte[2265]). Dagegen ist jeder der Mehreren berechtigt, sich zur Satisdation zu erbieten, und das Edict enthält nicht den Befehl, sondern nur die Erinnerung, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, ist also ein edictum monitorium[2266]). Die Satisdation selbst wird den Contutoren geleistet, so daß diese, auch wenn sie nicht selbst die Administration übernehmen wollen, doch durch die actio ex stipulatu: rem pupilli salvam fore gegen die aus der schlechten Verwaltung der Collegen für sie entstehende Gefahr gesichert sind. Ist auch die Stipulation zum Vortheile des Pupillen geschlossen, so ist die Wirksamkeit dieser Klage doch schon deshalb nicht zu bezweifeln, weil der Tutor wegen der actio tutelae ein eigenes rechtliches Interesse dabei hat[2267]). Der regelmäßige Erfolg der Leistung ist, daß die Verwaltung denjenigen, welche nicht caviren, verweigert und dem Cavirenden allein zuerkannt wird, so daß nur, wenn Alle caviren, Alle gerentes bleiben[2268]). Indessen hat sich der Magistrat dabei noch eine causae cognitio vorbehalten. Auf der einen Seite erhält der Offerirende, wenn er ehrlos und verdächtig ist, ungeachtet seines Anerbietens doch die Verwaltung nicht übertragen. Auf der anderen Seite wird rechtlichen und angesehenen Vormündern die Caution, weil sie ein Mißtrauen in ihre Verwaltung voraussetzt, mithin ihre Ehre verletzen würde, nicht einmal angesonnen[2269]). Aus demselben Grunde wird unter den mehreren sich zur Satisdation Erbietenden derjenige ausgewählt, welcher im Vergleich mit den übrigen Vormündern und dessen Bürge, verglichen mit den übrigen Bürgen, als der Tüchtigste erscheint[2270]). b) Kommt auf diese Weise keine Wahl eines gerens zu Stande, so soll derjenige unter den mehreren Vormündern die Verwaltung erhalten, welchem vom Vater oder von dem größeren Theile der Contutoren oder von der zuständigen Behörde, die Tutel oder Curatel zuerkannt wird[2271]). aa) Zunächst soll also derjenige

leicht gestattet, weil die patronatische Tutel noch am meisten als Mittel zur Sicherung des künftigen Erbrechtes gilt, welches dem Patron nicht dadurch entzogen werden darf, daß dem Compatron die Verwaltung der Tutel allein übertragen wird. L. 5. §. 4. D. eod.

2264) L. 17. pr. L. 19. pr. D. 26. 2. L. 7. D. 46. 6.

2265) L. 19. pr. D. 26. 2.

2266) L. 18. D. 26. 2., welche Stelle aus des Callistratus lib. III. edicti monitorii entlehnt ist. Cf. L. 29. D. 3. 5.

2267) L. 38. §. 20. D. 45. 1. L. 55. §. 4. D. 26. 7.

2268) L. 17. pr. D. 26. 2.

2269) L. 17. §. 1. 2. D. eod.

2270) L. 18. D. eod.

2271) Ueber diese von der vorigen verschiedene Clausel des Edictes vgl.

gerirten, welchem de: Vater im Testamente die Verwaltung zuerkannt hat[2272]), weil der Magistrat annimmt, daß der Vater das Heil seines Kindes am besten gekannt und bedacht haben werde. Deshalb folgt der Magistrat zwar der Wahl des Vaters selbst bei noch der Confirmation bedürfenden testamentarischen Vormündern[2273]), geht aber davon ab, sobald er sie unüberlegt und unzweckmäßig findet[2274]), und hätte auch der Magistrat sich täuschen lassen, so wäre es wenigstens Pflicht der Mitvormünder, auf Annullirung derselben anzutragen[2275]). bb) Ist vom Testator keinem der testamentarischen Vormünder die Verwaltung gegeben worden oder verweigert der designirte Tutor deren Uebernahme, so gerirt derjenige, welchem die Mehrheit der Vormünder die Verwaltung zuerkannt hat[2276]). Auch bei mehreren gleich nahen gesetzlichen Vormündern nahm man aus Rücksicht für das Beste des Pupillen schon im älteren Rechte diesen Grundsatz an[2277]) und Justinian bestätigte ihn bei mehreren Cognaten gleichen Grades[2278]). Um so wenigerem Bedenken unterliegt seine Anwendung auf obrigkeitliche ex inquisitione bestellte Tutoren[2279]). Das Verfahren besteht darin, daß der Magistrat die Vormünder vorladen und über die Wahl abstimmen läßt[2280]). cc) Kommen die Vormünder entweder nicht zusammen oder kommt ein gemeinschaftlicher Beschluß unter ihnen nicht zu Stande, so steht die Wahl nun dem Magistrate zu, welcher sie nach vorhergehender causae cognitio zu treffen hat[2281]). Sind indessen die Vormünder mit dessen Wahl nicht einverstanden, weil sie dem Erwählten mißtrauen und nicht Willens sind, für seine schlechte Verwaltung zu haften, so bewendet es bei der ursprünglichen Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung[2282]). — Ist nun auf einem dieser Wege eine Wahl zu Stande gekommen, so entsteht ein Gegensatz zwischen administrirenden und nicht administrirenden Vormündern (tutores gerentes, honorarii[2283]) und notitiae causa dati, Haupt- und Ehrenvormünder). Die gerentes haben vollständige auctoritas und Administration[2284]); sind ihrer Mehrere, so ist im Zweifel anzunehmen, daß wenigstens jeder Einzelne das ius agendi ganz

---

L. 1. §. 11. — L. 3. pr. D. 3. 1. L. 3. §. 5. D. 46. 7. L. 3. pr. §. 1. 7. D. 26. 7.

2272) L. 3. §. 1. D. 26. 7.
2273) L. 3. §. 1. 5. D. eod.
2274) L. 3. §. 3. D. eod.
2275) L. 55. §. 4. D. eod.
2276) L. 3. §. 7. D. eod.
2277) L. 5. §. 2. D. 26. 4. L. 3. pr. D. 26. 7.
2278) Nov. 118. cap. 5.
2279) §. 1. fin. Inst. I. 24.
2280) L. 3. §. 7. D. 26. 7. Nov. 118. cap. 5.
2281) L. 3. §. 7. D. 26. 7.
2282) L. 3. §. 8. D. eod.
2283) L. 3. §. 2. D. eod.
2284) L. 3. pr. D. eod.

hat, weil nicht wohl Mehrere zugleich als Kläger auftreten können[2285]). Die honorarii hingegen üben sowohl die auctoritas, als die Administration ordentlicher Weise nicht aus; ihre Bestimmung ist vielmehr, die Aufsicht über die Verwaltung des gerens zu führen, sich häufig von ihm Rechnung vorlegen zu lassen und ihn auf jede Weise zu beobachten, auch für Deposition der in seinen Händen befindlichen Gelder zu sorgen und, wenn Erinnerungen vergeblich sind, seine Absetzung zu beantragen. Im Falle der Verabsäumung dieser Pflichten haften sie nach vorgängiger Excussion des gerens und seiner Erben, Bürgen und der ihn anstellenden Municipalbehörde, dem Pfleglinge mit der actio tutelae und negotiorum gestorum für den ganzen erlittenen Schaden[2286]). Doch ist ihnen die auctoritas und Verwaltung auch nicht gerade untersagt; nur dürfen sie sich keine eigentlichen Eingriffe in die Rechte des gerens gestatten[2287]). Nicht so allgemein, wie das Verhältniß der honorarii tutores, kann das der notitiae causa dati bestimmt werden. Bisweilen sind sie wirkliche administrirende Vormünder und unterscheiden sich nur durch die besondere Verpflichtung zur genaueren Auskunftsertheilung an die Anderen über die Lage des Vermögens[2288]). Oft hingegen wird ihnen die Verwaltung wenigstens nicht allein anvertraut, namentlich wenn sie Freigelassene sind, deren Vermögen keine hinreichende Sicherheit für die Verwaltung gewährt[2289]). Indessen ist ihnen selbst dann die Verwaltung nicht gerade untersagt, sondern wenigstens in gleichem Umfange wie den honorariis gestattet[2290]). Danach ist auch ihre Verantwortlichkeit verschieden; denn in jenem Falle haften sie sowohl für ihre Verwaltung als für ihre Instruction (et administrationis et accessionis iure), im letzteren blos für diese[2291]).

2) Theilung der Verwaltung[2292]). Eine zweite Vereinfachung der Verwaltung enthält deren Theilung (divisio tutelae), worunter die Beschränkung jedes Vormundes auf ausschließliche Besorgung eines bestimmten Geschäftszweiges oder eines bestimmten geographischen Districtes verstanden wird. Eine giltige Theilung kann nur von dem ausgehen, welchem die tutoris datio oder iurisdictio tutelaris zusteht[2293]). Anwendungen dieses Grundsatzes sind: a) der Testator kann im Testamente eine wirksame Vertheilung einer generellen Vormundschaft anordnen. Als divisio tutelae gilt auch die Anordnung einer tutela certae

2285) L. 24. §. 1. D. eod. Doch ist die Bestimmung des Gegentheiles im Testamente zulässig. L. 47. pr. D. eod.
2286) L. 3. §. 2. D. eod. L. 60. §. 2. D. 23. 2.
2287) L. 14. §. 1. 2. D. 46. 3.
2288) L. 32. §. 1. D. 26. 2.
2289) L. 1. C. V. 58.
2290) L. 14. §. 6. D. 46. 3.
2291) L. 32. §. 1. D. 26. 2. L. 1. C. V. 58.
2292) Cod. V. 52. De dividenda tutela.
2293) L. 36. D. 26. 7.

rei, z. B. rei Africanae[2294]). b) Die obervormundschaftliche Behörde kann sowohl auf Antrag der Vormünder als von Amtswegen die Verwaltung vertheilen[2295]). Oft enthält schon die Ernennung selbst eine solche Beschränkung, z. B. bei einem curator ad augmentum datus oder bei einer Ernennung an die Stelle eines partiell excusirten generellen Tutors[2296]). c) Dagegen können die Vormünder selbst durch eine bloße Privatübereinkunft wegen Theilung ihrer Verwaltung nur ihre Arbeit, nicht aber ihre Rechtsverhältnisse theilen[2297]). Die giltige Theilung der Verwaltung hat die Wirkung, daß an die Stelle der früheren allgemeinen, aber nicht ausschließlichen Verwaltung eine beschränkte, aber ausschließliche tritt. Jeder Vormund übernimmt also die Verwaltung und Verantwortlichkeit in Rücksicht der zu seinem Geschäftskreise oder zu seinem Districte gehörenden Rechtsverhältnisse des Pflegebefohlenen allein[2298]). Dafür wird ihm die Verwaltung und Verantwortlichkeit für die fremden Bezirke verweigert und abgenommen[2299]). Diese ganze Auseinandersetzung betrifft aber nur die Verwaltung, nicht das Recht der Vormundschaft selbst[2300]). Hiernach ist das Verhältniß mehrerer Vormünder bei getheilter Vormundschaft von dem zweier von einander unabhängiger Specialvormünder noch sehr verschieden[2301]), besonders darin, daß die partiellen Vormünder einander gegenseitig beaufsichtigen und subsidiarisch für einander haften müssen, was bei Specialvormündern durchaus nicht der Fall ist. Erstere stehen daher zu einander in dem Verhältnisse von Ehrenvormündern[2302]).

3) Heutiges Recht. Die oben entwickelten Grundsätze des römischen Rechtes sind auch noch heutzutage gemeinrechtlich giltig. Auch neuere Gesetzgebungen haben dieselben im wesentlichen angenommen[2303]). Abweichung einzelner Particularrechte ist, daß von der Regel, daß von mehreren Vormündern, zwischen denen die Geschäfte nicht vom Erblasser oder Richter getheilt sind, jeder giltig allein handeln könne, eine Ausnahme stattfindet bei gerichtlichen Angelegenheiten, namentlich bei Processen, wo die Concurrenz aller erforderlich ist, außer wenn Gefahr auf dem Verzuge ist[2304]).

2294) L. 3. §. 4. D. eod.

2295) L. 3. §. 9. L. 4. D. eod.

2296) L. 9. §. 8. 9. L. 39. §. 8. D. eod.

2297) L. 46. §. 1. D. eod.

2298) Nähere Bestimmungen über den Umfang des Ressorts enthalten L. 39. §. 3. 7. 8. L. 47. §. 2. D. eod. L. 100. D. 46. 3.

2299) L. 4. 51. D. 26. 7. v. Löhr, im Magazin Bd. III, S. 30; im Archiv f. civil. Praxis Bd. 1, S. 15 flg.

2300) L. 36. D. eod.

2301) L. 3. C. V. 44.

2302) L. 51. fin. D. 26. 7.

2303) Oesterreich. Gesetzb. §. 210. Preuß. Landr. II, 18, §. 118, 119, 121, 123. Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 20, §. 1, 2, 3. Altenb. Vorm.=O. §. 8. Rudolst. Vorm.=O. §. 19. Anhalt. Landesordn. Tit. 33.

2304) Alte kursächs. PO. Tit. 9, §. 1, 2. Erl. kursächs. PO. Tit. 9, §. 2.

D. Ermittelung und Sicherstellung des Vermögens.

1) Versiegelung und Inventur. Neben der Anstellung des Vormundes müssen aber auch für die Ermittelung und Sicherstellung des Vermögens der Pflegebefohlenen die nöthigen Schritte geschehen. Der erste derselben ist die Versiegelung, welche dem römischen Rechte noch unbekannt, ihre Ausbildung hauptsächlich durch die neuere Praxis und Gesetzgebung erhalten hat. Sie geschieht in der Regel von der zuständigen obervormundschaftlichen Behörde, in Nothfällen und als vorläufige Maßregel aber von jedem Gerichte am Orte des Nachlasses und selbst von requirirten Notarien, welche dann aber jener Behörde davon Anzeige zu machen haben. Gegenstand derselben ist der entbehrliche und dem Verderben nicht ausgesetzte Mobiliarnachlaß. Die Versiegelung kann unterbleiben, wenn der Erblasser sie verbietet. Die zweite Sicherungsmaßregel ist die Aufnahme eines Inventars (inventarium, repertorium, synopsis bonorum pupillarium, ἀναγραφή). Es ist davon, soweit das römische Recht in Frage ist, bereits an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[2305]). Im älteren teutschen Rechte findet sich von der Errichtung eines eigentlichen Inventars keine Spur. Aus der Verpflichtung des Vormundes, Sicherheit wegen Rückgabe des Mündelgutes zu bestellen und Rechnung über seine Verwaltung desselben abzulegen, folgt aber nothwendig, daß gleich zu Anfang der Vormundschaft auf irgend eine Weise festgestellt werden mußte, was in seine Hände gekommen war. Auch bringt die vom Vormunde im älteren Rechte eingenommene Stellung es mit sich, daß die Blutsverwandten des Mündels dies verlangen konnten[2306]). Die Reichspolizeiordnungen bestimmen, „daß er (der Vormund) nach befohlener Verwaltung von allen Gütern, liegend und fahrend, Schuldenbrieff und Registern, ein Inventarium aufrichte"[2307]), ohne über die Form der Errichtung eine nähere Bestimmung zu treffen. Die Particularrechte haben diese Vorschrift oft wiederholt und häufig die Form der Errichtung sowie die Zeit, binnen welcher das Inventar zu errichten ist, genauer bestimmt. Meistens wird das Inventar heutzutage unter Leitung des Gerichtes aufgenommen. Es kann aber auch vor Notar und Zeugen aufgenommen werden. Bei unbedeutendem Vermögen gestatten manche Particularrechte leichtere Formen, z. B. die Aufnahme

Ernest. PO. P. I. Cap. 3, §. 14. Altenb. PO. P. I. Cap. 6, §. 1. Goth. PO. P. I. Cap. 6, §. 1. Rudolst. PO. P. I. Tit. 4, §. 7. Die kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 20, §. 3 fordert auch noch die Concurrenz aller Vormünder bei der Veräußerung der Mündelgrundstücke.

2305) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 158.

2306) Zeugnisse dafür finden sich in den Saalfeld. Stat. aus dem 14. Jahrh. §. 176 (Walch, Beiträge Bd. 1, S. 58) und in einigen von Kraut Bd. 2, S. 54 angeführten friesischen Rechtsquellen.

2307) RPO. v. 1548 Tit. 31, §. 3, v. 1577 Tit. 32, §. 3.

durch den Gerichtsboten, auf dem Lande durch die Vögte, Förster oder Schulmeister mit Zeugen oder auch ohne diese, oder auch durch den Vormund selbst mit Zuziehung zweier Zeugen[2308]). Die Pflicht des Vormundes zur Errichtung eines förmlichen Inventars ist sowohl in den Reichsgesetzen als in den Particularrechten so unbedingt ausgesprochen, daß ein eidlich bestärktes Privatverzeichniß dessen Stelle nur dann vertreten kann, wenn ihm particularrechtlich gleiche Kraft mit jenem auch bei dem Vormunde beigelegt wird[2309]). Wo dies nicht der Fall ist, muß dem römischen Rechte gemäß, da die Vorschrift der Reichspolizeiordnungen auf demselben beruht, gegen den Vormund, welcher die Aufnahme eines förmlichen Inventars versäumt hat, ohne einen rechtmäßigen Entschuldigungsgrund nachweisen zu können, das iusiurandum in litem zugelassen werden[2310]). Selbstverständlich muß auch über das dem Pflegebefohlenen während der Dauer der Vormundschaft durch Erbschaft oder anderweit zufallende eigene Vermögen ein nachträgliches Inventar oder ein nach den Particularrechten diesem gleichstehendes eidlich zu bestärkendes Privatverzeichniß errichtet werden, da der Grund, aus welchem bei dem Antritte der Vormundschaft ein Inventar zu errichten ist, nämlich Sicherstellung des Bestandes des Gutes des Pfleglinges, hier ebensogut eintritt[2311]). Auch leidet es keinen Zweifel, daß der Grundsatz des römischen Rechtes, daß der Erblasser des Pflegebefohlenen die Inventarisirung des von ihm demselben hinterlassenen Vermögens verbieten kann[2312]), in Teutschland Anwendung findet. Manche Particularrechte erkennen dies an[2313]), andere dagegen wollen

---

2308) Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 35. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 36. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 26.

2309) Dies ist der Fall in den meisten sächsischen Ländern. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 11, §. 1, 8. Weim. Instruct. für Vormünder v. 26. März 1835 §. 4. N. Beif. z. Goth. Landesordn. Th. 1, S. 37. Altenb. Vorm.-O. §. 2, 11. Rudolst. Vorm.-O. §. 21. Die erwähnten Gesetze gestatten die Unterlassung der gerichtlichen Inventarisirung, wenn ein im Besitze des Nachlasses befindlicher Verwandter, insbesondre die Mutter, sich zur Errichtung eines eidlich zu bestärkenden Nachlaßverzeichnisses erbietet, und nach ihnen hat der Vormund nur darauf zu sehen, daß ein solches Verzeichniß sobald als möglich aufgenommen werde. Dem Vormunde ist statt der Errichtung des Inventars die Einreichung eines eidlich zu bestärkenden Privatverzeichnisses dadurch ebenfalls nachgelassen. Er muß aber diesfalls bei Errichtung des Verzeichnisses die nächsten Verwandten des Pflegebefohlenen oder in deren Ermangelung einige glaubwürdige Zeugen zuziehen. Früher war unter den sächsischen Juristen darüber Streit; vgl. Walch, de iurata specificatione inventario solenni aequiparanda §. 8. (in Opusc. T. III. p. 146.) Andere Rechte legen einer solchen eidlichen Specification nur unter gewissen Voraussetzungen gleiche Wirkung mit dem förmlichen Inventarium bei, z. B. preuß. Landr. II, 18, §. 384—389.

2310) L. 7. pr. D. 26. 7. L. ult. C. V. 51.

2311) Ausdrückliche Bestimmungen hierüber finden sich in der kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 17, §. 6. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 24.

2312) L. 13. §. 1. C. V. 51.

2313) Z. B. preuß. Landr. II, 18, §. 395—408. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 5, §. 6. Nach beiden kann auch der Erblasser die eidliche Bestärkung des

ohne Rücksicht auf das Verbot des Erblassers ein Inventar errichtet wissen[2314].

2) Gerichtliche Deposition. Nach älterem römischen Rechte behielt der Vormund das ganze Vermögen des Pflegebefohlenen in Händen. Nach einer Verordnung von Arcadius und Honorius soll aber gleich nach Aufnahme des Inventars das vorgefundene Gold und Silber und Alles, was mit der Zeit nicht verdirbt oder am Werthe verliert, von der inventirenden Behörde versiegelt, gerichtlich deponirt und erst nach erreichter Volljährigkeit dem Pflegebefohlenen ausgeantwortet werden[2315]. Nach heutigem Rechte werden sämmtliche Urkunden über ausstehende Forderungen, Werthpapiere, Baarschaften und Pretiosen in gerichtliche Verwahrung genommen und der Vormund erhält von dem Vermögen des Pflegebefohlenen nur soviel als zur Bestreitung des Aufwandes für Erziehung, Unterhalt und der laufenden Verwaltungskosten erforderlich ist.

E. Zwang zur Uebernahme der Verwaltung.

Sind die gehörigen Einleitungen der Administration getroffen, so muß der Vormund dieselbe unverzüglich übernehmen. Im Falle seiner Säumniß kann er durch Zwangsmittel zum Geriren unmittelbar genöthigt werden. Die Anwendung derselben erfolgt nach römischem Rechte vom Magistrat extra ordinem, d. h. ohne Zuziehung eines iudex[2316]. Die Zwangsmittel bestehen zunächst in Ermahnungen und Verweisen[2317], und wenn diese fruchtlos sind, in Ordnungsstrafen (mulctae dictio und pignorum capio), wie sie auch bei anderen munera publica vorkommen[2318]. Aeußersten Falles kann der Vormund abgesetzt werden[2319]. Diese Grundsätze des römischen Rechtes sind nicht geändert. Indessen erfordert das Beste der Pflegebefohlenen, daß heutzutage nicht erst die Reihe der im römischen Rechte geordneten Zwangsmittel gegen den der Uebernahme der Verwaltung sich weigernden Vormund erschöpft, sondern alsbald mit dessen Absetzung verfahren und ein neuer Vormund anstatt seiner ernannt wird.

Zweite Abtheilung. Sorge für die Person des Pflegebefohlenen.

A. Erziehung und Unterhalt der Pupillen und Minderjährigen.

1) Erziehung[2320]. Hier kommt zuvörderst das römische Recht in Betracht. Nach diesem steht die Bestimmung des Aufenthaltes und

---

vor dem Vormunde aber jedenfalls aufzunehmenden Privatverzeichnisses und dessen öffentliche Bekanntmachung wirksam untersagen.

2314) Oesterreich. Gesetzb. §. 223. Würtemb. Landr. IV, 3, S. 434, 436.

2315) L. 6. pr. Th. C. III. 30. L. 24. C. V. 37. Nov. 72. cap. 6.

2316) L. 1. pr. D. 26. 7.

2317) L. 2. D. 2. 12.

2318) L. 9. D. 50. 4.

2319) L. 7. §. 3. D. 26. 10. L. 2. C. V. 43.

2320) Dig. 27. 2. Ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei

des Erziehers allein der Obervormundschaft, nicht aber dem Vormunde, sei er Tutor oder Curator, zu[2321]). Sie erfolgt nach vorgängiger causae cognitio und zwar so, daß der Magistrat, statt der gewöhnlichen consiliarii oder assessores, den Familienrath, in welchem jedoch auch der Vormund eine berathende Stimme hat[2322]), zuzieht, und nach vernommenem Gutachten desselben durch ein Decret den Erzieher bestimmt. Allgemeiner Grundsatz des römischen Rechtes war vorzüglich der, die Erziehung des Pupillen niemals einer Person anzuvertrauen, welche wegen einer zu hoffenden künftigen Succession nicht frei von jedem bösen Verdachte ist. Aus diesem Grunde waren z. B. Substituten, Agnaten und Gentilen des Pupillen, und deshalb auch der legitimus tutor selbst in der Regel ausgeschlossen[2323]). Demnächst wurde darauf gesehen, daß keine Verführung des Pupillen von Seiten seines Erziehers zu besorgen war[2324]). Ueber die Auswahl im einzelnen entscheiden folgende Rücksichten: a) Zuvörderst ist darauf zu sehen, ob der Vater über den Aufenthalt und die Erziehung des Pupillen in seinem letzten Willen eine Anordnung getroffen hat[2325]). Eine solche hat die Obervormundschaft nicht unbedingt zu befolgen, sondern sie hat erst das Gutachten des Familenrathes über die getroffene Wahl zu vernehmen und hiernach dieselbe entweder zu verwerfen oder zu bestätigen[2326]). Im letzteren Falle bedarf es nun zwar zur Wirksamkeit der väterlichen Verfügung in der Regel noch der Einwilligung des erwählten Erziehers, da derselbe zur Uebernahme der Erziehung nicht gezwungen werden kann[2327]). Indessen tritt doch ausnahmsweise ein Zwang ein, und zwar theils ein indirecter, indem dem Pfleger und Erzieher die Klagen wegen des ihm etwa für die Erziehung hinterlassenen Vermächtnisses, sobald er die Uebernahme der Erziehung verweigert, versagt werden[2328]), theils aber selbst ein directer, indem der Magistrat den erwählten Erzieher, wenn er durch Clientel, Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Pupillen verbunden ist, extra ordinem durch Geldbußen u. s. w. zur Uebernahme der Erziehung nöthigt[2329]). b) In Ermangelung einer wirksamen letztwilligen Anordnung wird der Erzieher aus den Angehörigen des Pupillen gewählt, worunter nicht die Agnaten und Gentilen, sondern die Cognaten, Affinen und Freigelassenen zu verstehen

---

praestandis. Cod. V. 49. Ubi pupillus educari debeat. Von Schriften gehört hierher: Burchardi, gemeinrechtliches Erziehungsrecht, im Archiv für civil. Praxis Bd. VII, S. 161—190.

2321) L. 1. pr. D. 27. 2.

2322) L. 1. C. V. 49.

2323) L. 1. §. 1. 3. D. 27. 2. L. 2. C. V. 49.

2324) L. 5. D. 27. 2.

2325) L. 7. 21. §. 4. D. 33. 1. L. 15. D. 34. 1.

2326) L. 1. §. 1. D. 27. 2. L. 7. D. 33. 1. L. 39. D. 48. 19.

2327) L. 7. D. 38. 1.

2328) L. 1. §. 3. D. 27. 2.

2329) L. 1. §. 2. D. eod.

sind, weil die ersteren nach dem älteren römischen Rechte gesetzliche Erben des Pupillen sind. Aber auch unter den Cognaten giebt es eine gewisse Rangordnung, die der Magistrat nur im Falle der Verdächtigkeit des Näheren vernachlässigen darf[2330]. aa) Zuerst hat die leibliche Mutter das Erziehungsrecht[2331], wenn sie nicht besondere Umstände davon ausschließen. Zu diesen gehörte aber seit Alex. Severus ganz allgemein die zweite Ehe[2332]. bb) In Ermangelung der Mutter wird aus den übrigen Cognaten oder den Affinen und Freigelassenen der Erzieher des Pupillen bestimmt und sogar zur Uebernahme dieser Familienpflicht gezwungen[2333]. Unter den einzelnen Verwandten hat die Obrigkeit freie Wahl. cc) In Ermangelung tauglicher Angehöriger wird der Pupill fremden Personen anvertraut. Auch dem Vormunde selbst, wenn er nur nicht Substitut oder nächster Intestaterbe ist, kann die Erziehung überlassen werden. dd) Ist der Pflegling ganz arm, so wird er in einer öffentlichen Stiftung oder einem Waisenhause untergebracht und erzogen[2334]. Die Erziehung endigt mit der Pubertät. Die weitere Ausbildung und die Wahl der Lebensart eines adultus war dessen eigenem Ermessen und dem Rathe seiner Verwandten überlassen. — Nach heutigem Rechte hat der Vormund sowohl für das körperliche als auch für das moralische Wohl des Mündels zu sorgen[2335]. Was insbesondre die Erziehung des Mündels betrifft, so sind in dieser Beziehung die Grundsätze des älteren teutschen Rechtes im allgemeinen durch das römische verdrängt und das letztere ist seit seiner Reception auch in dieser Lehre das gemeine Recht geworden, aber in der Gestalt, wie die älteren Juristen es verstehen, nicht wie wir es jetzt verstehen. Nach der jetzt ziemlich allgemein anerkannten Auslegung, welche auch vorher angenommen ist, enthält nämlich das römische Recht die Bestimmung, daß der Obrigkeit die Fürsorge für die Erziehung des Pupillen obliege, welche sie dadurch auszuüben habe, daß sie den Erzieher des Pupillen bestimme, über dessen Verfahren bei der Erziehung wache und die ganze Art und Weise der Erziehung sowohl als die darauf zu verwendenden Kosten festsetze und der Vormund nur die Aufsicht über den Erzieher zu führen habe. Nach der Ansicht der älteren Juristen aber liegt nach römischem Rechte die Sorge für die Erziehung des Mündels hauptsächlich dem Vormunde ob und er steht bei Erfüllung dieser Pflicht nur unter Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörde[2336]. Mit dieser

2330) L. 2. C. V. 49.
2331) L. 1. C. eod. Nov. 22. cap. 38.
2332) L. 1. C. V. 49. angeführt und bestätigt in Nov. 22. cap. 38.
2333) L. 1. §. 2. D. 27. 2. L. 1. 2. C. V. 49. Th. C. IX. 13. C. IX. 15.
2334) L. 32. C. I. 3. Nov. 123. cap. 23. Nov. 130. cap. 15.
2335) Hierauf geht auch der Vormündereid, da der Vormund nach den Reichspolizeiordnungen zu schwören hat, „daß er seinen Pflegkindern — getreulich und ehrbarlich vorseyn, ihre Personen — versehen und verwahren wolle."
2336) S. die Citate bei Kraut Bd. 2, S. 126, N. 3.

Auslegung stimmen die meisten Particularrechte überein[2337]). In diesem Hauptpunkte sind die Meinungen allerdings verschieden. Im übrigen hat man die oben dargestellten Sätze des römischen Rechtes hinsichtlich der zunächst zu befolgenden väterlichen Anordnung in Ansehung der Person des Erziehers und der Art und Weise der Erziehung und in deren Ermangelung hinsichtlich der Person, welcher die Erziehung, anzuvertrauen sei, einstimmig angenommen und solche finden sich auch ziemlich gleichförmig in den Particularrechten wieder[2338]). Nur einige Particularrechte binden den Vormund bei Auswahl des Erziehers nicht an bestimmte Personen, sondern überlassen es seinem eigenen pflichtmäßigen Ermessen, wo er ihn unterbringen will[2339]). Auch gestatten einzelne Particularrechte dem Vormunde ein mäßiges Züchtigungsrecht gegen den Mündel[2340]). Ob da, wo das römische Recht über die Erziehung des Mündels entscheidet, auch der römische Grundsatz, daß die Mutter mit ihrer Wiederverheurathung die Erziehung ihres Kindes verliere, in Teutschland gemeines Recht geworden sei oder sie ihr nach dem hier geltenden Gewohnheitsrechte nicht auch in diesem Falle zu lassen sei, ist lange unter den Juristen streitig geblieben[2341]). Allein in der neueren Zeit haben nicht nur die meisten Juristen sich für die letztere Meinung entschieden, sondern es hat auch die Landesgesetzgebung, wenn sie sich überhaupt über diesen Gegenstand ausgesprochen hat, so allgemein bestimmt, daß die Mutter auch im Falle ihrer Wiederverheurathung die Erziehung ihrer Kinder nicht ohne weiteres verlieren, sondern es von dem Ermessen der obervormundschaftlichen Behörde abhängen solle, ob ihr dieselbe dann zu nehmen sei oder nicht[2342]), daß das Dasein eines solchen Gewohnheitsrechtes mit dieser Modification wohl nicht zu bezweifeln ist. Den Grund dieses Gewohnheitsrechtes haben

---

2337) Frankf. Reform. VII, 4, 3. Katzenellenbog. Landr. Th. 2 Tit. 8, §. 6. Kurpfälz. Vorm.=O. §. 15. Oesterreich. Gesetzb. § 216. Lüb. Vorm.=O. v. 1820 §. 27—31. Brem. Vorm.=O. v. 1826 §. 42—44. Hamburg. Vorm.=O. v. 1831 Art. 22. Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 12. Eisenach. Vorm.=O. §. 9. Goth. LO. P. III. Nr. 2, §. 2—8. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 18—20. Altenburg. Vorm.=O. §. 13. Rudolst. Vorm.=O. §. 31. Nur das preuß. Landr. II, 18, §. 318—320, 335—337 überträgt die Fürsorge für die Erziehung des Mündels hauptsächlich der Obervormundschaft.

2338) Cod. Maxim. bavar. I. 7. §. 11. Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 12. Altenb. Landesordn. P. III Nr. 13, §. 3. Altenburg. Vorm.=O. §. 13. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 3, §. 3. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 39. Sondersh. Rescript. v. 1. Nov. 1837.

2339) Katzenellenbog. Landr. Th. 2, Tit. 8, §. 6. Ansbach Tutelaredict v. 1790 Nr. VI. (Arnold, Beitr. z. teutschen Privatr. Th. 1, S. 112.)

2340) Kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 13, §. 18. Weim. Instruct. für Vorm. v. 26. März 1835 §. 6.

2341) S. die Citate bei Kraut Bd. 2, S. 128, N. 8.

2342) Cod. Maxim. bavar. I. 7. 11. Preuß. Landr. II, 18, §. 317. Oesterr. Gesetzb. §. 48. Hamb. Vorm.=O. v. 1831 Art. 22 und die in der Note 2338 angeführten sächsischen Vormundschaftsordnungen. Das ostfries. Landrecht II, Cap. 243 hat den römischen Grundsatz festgehalten.

die früheren Juristen meistens darin gefunden, daß jener römische Grundsatz aus dem allgemeinen odium secundarum nuptiarum bei den Römern hervorgegangen sei und dieses bei uns Christen nicht in gleicher Weise bestehe; nach der Annahme der späteren Juristen ist jener römische Grundsatz dadurch entstanden, daß die Römer vermuthet hätten, der Stiefvater hasse seine Stiefkinder, es seien von ihm sogar Nachstellungen nach deren Leben zu befürchten; diese Vermuthung könne aber bei uns nicht stattfinden. Kraut dagegen findet den Grund wohl mit Recht im älteren teutschen Rechte. Nach diesem hatte allerdings, wie früher bemerkt worden ist (vgl. besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. A. CC. Nr. 2.), der Vormund immer das Erziehungsrecht seines minderjährigen Mündels und er konnte ihn daher der Mutter immer abfordern, auch wenn sie im Witwenstande lebte, und selbst die Rechtsquellen, welche dieses Recht des Vormundes beschränken, lassen es ihm wenigstens im Falle der Wiederverehelichung der Mutter. Die Mutter war aber gegen die willkürliche Ausübung dieses Rechtes von Seiten des Vormundes wohl immer dadurch geschützt, daß er dabei, wie überhaupt, unter der Aufsicht der Blutsverwandten des Mündels stand [2343]). Seitdem die Vormundschaft der Familie fast gänzlich entzogen war, trat an der letzteren Stelle die obervormundschaftliche Staatsbehörde, und so erklärt sich einfach das jetzt in dieser Beziehung geltende Recht aus dem älteren teutschen. Eine andere Abweichung des heutigen Rechtes vom römischen da, wo überhaupt die Erziehung des Mündels nach diesem zu beurtheilen ist, betrifft die Frage, ob auch der Vormund selbst Erzieher des Mündels sein könne. Das römische Recht will wenigstens dann, wenn der Vormund zugleich der nächste Intestaterbe des Mündels ist und nicht etwa die Mutter oder der Vater selbst die Tutel führen, ihm dessen Erziehung nicht leicht anvertraut wissen [2344]). Dieser Grundsatz hat aber in Teutschland wohl niemals Geltung erhalten; vielmehr ist es hier Regel, daß der Vormund, wenn Niemand vorhanden ist, welchem ein näherer Anspruch auf die Erziehung des Mündels zusteht, diese übernehmen kann, wenn er gleich der nächste Erbe desselben sein sollte. Auch diese Abweichung erklärt sich am einfachsten daraus, daß hier durch Gewohnheit das ältere teutsche Recht beibehalten worden ist, während die Juristen dieselbe gewöhnlich dadurch rechtfertigen, daß in Teutschland wenig Beispiele davon vorkämen, daß der präsumtive nächste Erbe seinem Erblasser nach dem Leben getrachtet habe. Bei der Frage, in welcher Religion der Mündel erzogen werden soll, kann natürlich die Religion des Vormundes nicht in Betracht kommen, sondern nur die Religion der Eltern des Mündels. Die älteren Juristen hatten darüber verschiedene Ansichten [2345]). Was die Wahl des künftigen Lebensberufes des Mün-

2343) So wird die Frage beantwortet in der Magdeb. Poliz.-O. v. 1688 Cap. 43, §. 19.

2344) L. 1. §. 1. D. 27. 2. L. 2. C. V. 49.

2345) S. Kreittmayr, Anmerk. z. Cod. Maxim. bavar. civ. I. 7. §. 11.

dels betrifft, so kann das römische Recht hier schon deshalb keine Anwendung finden, weil die Tutel mit der Pubertät des Mündels erlischt. Da aber in Teutschland die Altersvormundschaft ununterbrochen bis zur Volljährigkeit dauert und in der Regel erst mit dem 14. Jahre des Mündels der Zeitpunkt eintritt, wo eine Bestimmung über die künftige Lebensart desselben zu treffen ist, so muß schon deshalb dem Vormunde eine entscheidende Stimme hierbei heutzutage eingeräumt werden, umsomehr als auch die Kosten hierbei sehr in Frage kommen. Selbstverständlich bleibt der obervormundschaftlichen Behörde immer die Oberaufsicht vorbehalten.

2) Unterhalt des Pupillen und Minderjährigen[2346]. Rücksichtlich dessen, was das römische Recht darüber bestimmt, ist auf den Artikel Cura zu verweisen. Im heutigen Rechte sind die Grundsätze des römischen darüber als maßgebend angenommen. Auch die Particularrechte wiederholen in der Hauptsache dasselbe.

B. Ehe der Pflegebefohlenen.

1) Verlobung und Verheurathung. Auch auf die Verheurathung der Pflegebefohlenen hat die Vormundschaft Einfluß. Im römischen Rechte zeigte sich dieser bei der Geschlechtstutel insofern, als ohne die auctoritas der gesetzlichen Geschlechtstutoren weder durch Coemtion noch durch Usucapion die manus über die Frau erworben werden konnte[2347]. Untergeordneter ist der Einfluß der übrigen Geschlechtstutoren sowie der Tutoren und Curatoren unmündiger und minderjähriger Jungfrauen und Witwen[2348] auf die Ehe und das Verlöbniß. Bei solchen Vormundschaften gebührt die Bestimmung des künftigen Ehegatten der Pflegebefohlenen, wenn ihn der Vater nicht schon ausersehen hat[2349], zunächst dem Familienrathe. Dazu gehören die Mutter, die Cognaten und Affinen und die Geschlechts- und Pupillentutoren[2350], nicht aber die Curatoren[2351]. Sind die Mutter und die Tutoren verschiedener Meinung, so entscheidet der Ausspruch der Obrigkeit das ius nuptiarum[2352]. Ist die Pflegebefohlene aber schon mündig, so muß sie selbst in die Eingehung und Auflösung des Verlöbnisses einwilligen[2353]. Hält der Vormund geflissentlich das Verlöbniß nicht, so wird er relegirt und muß die empfangene arrha (sponsalitia) einfach zurückgeben[2354].

2346) Dig. 27. 2. Siehe Note 2320 Cod. V. 50. De alimentis pupillo praestandis. Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 158—160.

2347) Cic. pro Flacco cap. 34.

2348) L. 11. §. 3. Th. C. III. 5. ed. Haenel.

2349) Vat. Fragm. §. 202.

2350) Gell. Noct. Att. V. 13. Cic. pro Cluentio cap. 5. Liv. IV. 9. L. 1. C. V. 4. L. 1. §. 1. 2. Th. C. III. 7. L. 11. §. 3. Th. C. III. 5.

2351) L. 20. D. 23. 2. L. 8. C. V. 4.

2352) Liv. IV. 9. L. 1. C. V. 4.

2353) L. 6. D. 23. 1.

2354) L. 11. §. 1. Th. C. III. 5. L. 5. C. V. 1.

War indessen die Pflegebefohlene zur Zeit der Verlobung schon über 12 Jahre oder als vidua über 10 Jahre alt und hatte ihre freie Zustimmung dazu gegeben, so ist sie selbst zur Zurückgabe des Vierfachen der arrha verpflichtet[2355]. In späterer Zeit ist indessen diese Strafe dem Vormunde in mehreren Fällen erlassen[2356], für die minderjährige Pflegebefohlene aber ganz aufgehoben worden[2357]. Das Justinianeische Recht kennt daher sowohl für den Vormund als für die minderjährige Pflegebefohlene selbst nur einfache Zurückgabe des Empfangenen[2358]. Inwieweit nach älterem teutschen Rechte dem Vormunde ein Einfluß auf die Verlobung und Verehelichung seiner Mündel zustand, ist in diesem Artikel schon erörtert worden (vgl. besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. CC. Nr. 5.). Ob nach dem heutigen Rechte dem Vormunde das Recht der Einwilligung in die Verlobung seines Mündels zustehe, wird später beantwortet werden, wenn von der Einwilligung des Vormundes in die Geschäfte des Mündels die Rede sein wird. Hier genüge die vorläufige Bemerkung, daß allerdings ein solches Recht der Zustimmung des Vormundes anzunehmen ist.

2) Ausstattung. Im Falle der Verheurathung kann die Frau nach römischem Rechte sowohl die Kosten der Hochzeit als die Bestellung der dos aus ihrem Vermögen verlangen[2359]. Die ersteren giebt bei minderjährigen Frauen der Curator, während eine großjährige sie selbst bestimmt[2360]. Für die Bestellung der letzteren hingegen hat der Geschlechtstutor und curator minoris, und zwar sowohl der generelle (personae datus) als der specielle (ad dotem dandam, dicendam, promittendam, augendam, mutandam ex lege Iulia et SCto datus) Sorge zu tragen (vgl. besond. Theil Abschn. II. Abth. 4. A. CC. Nr. 2. lit. γ.). Verweigert der Vormund die Bestellung, so entscheidet der Ausspruch der obervormundschaftlichen Behörde, welche den Betrag mit Rücksicht auf das Vermögen und den Stand der Frau festzusetzen hat[2361]. Der Form nach kann die Bestellung der dos im älteren römischen Rechte nicht von der Frau selbst, wenigstens nicht ohne Mitwirkung eines Vormundes geschehen, da Frauen überhaupt ohne auctoritas eines Geschlechtstutors keine dos versprechen[2362] und minderjährige Frauen insbesondre ohne Consens des Curators zwar promittiren, aber nichts veräußern können. Diese Mitwirkung kann bei einem Geschlechtstutor nur auctoritas, bei einem Curator nur Consens oder gestio sein, da Geschlechtstutoren nicht geriren, Curatoren aber nicht auctoriren können. Da im

2355) L. 11. §. 2. 3. Th. C. III. 5.
2356) L. 11. pr. §. 1. Th. C. III. 5. L. un. Th. C. III. 6. L. un. C. V. 2.
2357) L. 5. C. V. 1.
2358) L. 5. C. cit.
2359) L. 52. D. 26. 7.
2360) Gai. I. 190. 191.
2361) L. 60. D. 23. 3. L. 9. C. V. 37.
2362) Cic. pro Flacco cap. 35. Gai. I. 178. Ulp. XI. 20. L. 61. pr. D. 23. 3.

Justinianeischen Rechte die Geschlechtstutel verschwunden ist, so bedarf es nach demselben überall keiner Mitwirkung eines Vormundes bei volljährigen Frauen; Minderjährige aber haben blos noch den Consens[2363]) oder die Vertretung[2364]) ihres generellen oder speciellen Curators nöthig. Eine Mitwirkung der Obrigkeit ist nach Justinianeischem Rechte dann nothwendig, wenn sich eine Veräußerung des Vermögens nöthig macht, weil der Mann nur baares Geld als dos annehmen will; dann muß der Curator bei der obervormundschaftlichen Behörde um ein die Veräußerung gestattendes Decret nachsuchen und sodann den Erlös zur dos machen[2365]). Im Justinianeischen Rechte hat der Curator auch für Bestellung der donatio propter nuptias zu sorgen[2366]).

Dritte Abtheilung. Einwilligung in die Geschäfte des Pflegebefohlenen.

A. Begriff und Arten[2367]).

Eine andere wichtige Function des Vormundes nach römischem Rechte, namentlich des Geschlechtstutors, des Pupillentutors und des Curators eines Minderjährigen ist die Genehmigung und Bekräftigung derjenigen Rechtsgeschäfte, welche der Pflegebefohlene allein nicht rechtsbeständig eingehen kann. Das römische Recht unterscheidet zwei Arten und Formen dieser Einwilligung: auctoritas und consensus. In diesem Gegensatze ist auctoritas das Vollwort des Tutors, consensus die Genehmigung des Curators. Der Zweck der auctoritas ist, einer Willenserklärung, welche nach altem Civilrechte unkräftig ist, rechtliche Giltigkeit zu verleihen[2368]). Der Zweck des Consenses hingegen ist, einen zwar nach altem Civilrechte vollständigen, aber noch unerfahrenen Willen von nachtheiligen und übereilten Geschäften zurückzuhalten. Daher ist die auctoritas wie die Tutel selbst in Form und Wesen alterthümlicher und mehr veralternd als der Consens, welcher sich auch später noch fortentwickelt. — Ueber die Vertretung des Mündels durch den Vormund nach älterem teutschen Rechte ist auf das früher in diesem Artikel Bemerkte zu verweisen (vgl. besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. A. CC. Nr. 7. 8.).

B. Nothwendigkeit vormundschaftlicher Genehmigung:

1) Bei mündigen Frauen.

a) Römisches Recht. Nach römischem Rechte sind folgende Geschäfte mündiger Frauen ohne tutoris auctoritas nichtig[2369]): 1) Alle

2363) L. 60. D. 23. 3. L. 28. C. V. 12.
2364) L. 43. §. 1. D. 26. 7. L. 61. §. 1. D. 23. 3.
2365) L. 61. §. 1. D. 23. 3.
2366) L. 28. C. V. 12.
2367) Inst. I. 21. De auctoritate tutorum. Dig. 26. 8. De auctoritate et consensu tutorum et curatorum. Cod. V. 59. De auctoritate praestanda.
2368) L. 189. D. 50. 17.
2369) Ulp. XI. 27.

civilia negotia oder actus legitimi sind den Frauen zum Theil schon durch ihre Form unzugänglich. Dahin gehören: zunächst alle Geschäfte in den Comitien, wie Arrogationen und die beiden ältesten Testamentsformen, weil Frauen keine comitiorum communio haben[2370]; ferner alle Geschäfte mit aes und libra, wie Testamente, Mancipationen, Coemtionen, nexi obligatio und liberatio, weil diese Geschäfte auf einer symbolischen Darstellung der Comitialformen beruhen; nicht weniger alle legis actiones sowohl bei streitiger als freiwilliger Gerichtsbarkeit, z. B. manumissio per vindictam, in iure cessio[2371], weil Frauen wegen ihres Geschlechtes zu dem bei den Vindicationen üblichen Kampfe unfähig sind; endlich die cretio, cognitoris datio und andere. 2) Die Eingehung passiver Obligationen ist ebenfalls, theils aus formellen Gründen, theils aus Rücksicht auf das Interesse der Tutoren ohne deren Zustimmung für nichtig erklärt worden. Diese Regel bezieht sich aber nur auf eigentliche strengrechtliche Obligationen, so auf Annahme eines legitimum iudicium, Promissionen[2372], auf dotis dictio[2373], auf Condictionen[2374]. Dagegen aus freier behandelten Obligationen werden so gut gegen Frauen als gegen Männer Klagen gegeben[2375]. 3) Aehnlich verhält es sich mit Antretung von Erbschaften, indem hier nur die Antretung nach dem Civilrechte deferirter Erbschaften unmöglich ist[2376], während die Nachsuchung der bonorum possessio und die Annahme ex SC. Trebelliano giltig und wirksam geschehen kann[2377]. 4) In Ansehung der Veräußerungen finden sich nur folgende Beschränkungen: a) Eigenthum an res mancipi kann eine Frau ohne auctoritas nicht aufgeben[2378] und deshalb unter anderen nicht manumittiren[2379]. Nec mancipi res kann sie aber ohne auctoritas giltig veräußern[2380]. Die

2370) Gell. Noct. Att. V. 9. Vestalinnen, da sie comitiorum communio haben, können daher testiren. Gell. l. c. VI. 7. Plut. Numa cap. 10.

2371) Vat. Fragm. § 45.

2372) Gai. III. 107. 108.

2373) Cic. pro Caec. c. 25. pro Flacco c. 35. Vat. Fragm. §. 110. L. 60. 64. D. 23. 3. Ulp. XI. 22. Hier heißt „ad nuptias contrahendas“ so viel als „ad dotem constituendam.“ Vgl. L. 20. D. 22. 2.

2374) Gai. III. 91.

2375) Z. B. aus dem Depositum und Commodat (L. 27. pr. D. 15. 1.), aus Annahme eines iudicium, quod imperio continetur, aus dem Constitutum einer Schuld (L. 1. §. 1. 2. D. 13. 5.), aus Pollicitationen (L. 6. §. 2. D. 50. 12.), aus der negotiorum gestio (L. 3. §. 1. D. 3. 5. L. 32. §. 1. D. eod. L. 24. C. IV. 32. Paul. Sent. I. 4. §. 4.), aus Anstellung eines magister navis (L. 1. §. 16. D. 14. 1. L. 4. C. IV. 25.), eines Institor (L. 7. §. 1. D. 14. 3.), Einräumung eines Peculium (L. 3. §. 2. D. 15. 1.).

2376) Gai. I. 176. L. 8. pr. D. 29. 2.

2377) L. 41. D. 36. 1.

2378) Gai. II. 80. Vat. Fragm. §. 259.

2379) Ulp. I. 17. Fragm. de iuris speciebus §. 5.

2380) Z. B. Provinzialgrundstücke (Vat. Fragm. §. 259.), die possessio an mancipi und nec mancipi res (ibid. §. 1.), Feld- und Gartenfrüchte (ibid. §. 1.) und baares Geld; sie erwirbt daher aus ihren Zahlungen auch die Liberation oder die certi oder indebiti condictio (Gai. II. 81.).

Wirkung des Veräußerungsverbotes ist, daß die Frau vindiciren kann, ohne daß ihr Usucapion entgegensteht, da diese bei der Agnatentutel in den 12 Tafeln verboten, bei den übrigen Tutelen aber gewöhnlich wegen fehlenden Titels unmöglich ist [2381]). Wegen des Kaufpreises oder, bei Schenkungen, wegen Convalescenz durch den früheren Tod der Schenkerin steht aber dieser Vindication bisweilen eine doli exceptio entgegen [2382]). b) Forderungen kann eine Frau soweit aufgeben, daß sie Zahlung annehmen kann, mithin sofern der Erlaß einem Tausche ähnlich ist. Liegt aber eine Liberalität dabei zu Grunde, d. h. ist der Erlaß durch Acceptilation geschehen, so wird dadurch die Forderung nicht getilgt; denn wenn auch Forderungen nec mancipi res sind, so ist die Frau doch schon durch die Form und den lucrativen Charakter der Acceptilation gehindert [2383]). c) Von Familienrechten wird nur der Patronat über eine liberta als unveräußerlich genannt [2384]). d) Ihre Actionen kann die Frau nur insoweit consumiren, daß sie dieselben in ein iudicium, quod imperio continetur (nicht in ein legitimum) deduciren und Procuratoren (nicht Cognitoren) bestellen kann [2385]). Mit dem Untergange der Geschlechtstutel sind im Justinianeischen Rechte diese Beschränkungen weggefallen.

b) Teutsches Recht.

aa) Bei unverheuratheten Frauenspersonen. Bereits früher ist in diesem Artikel von der Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen nach älterem teutschen Rechte und von den späteren Veränderungen dieses Institutes die Rede gewesen (siehe besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. B. EE. Nr. 1.). Es ist nur noch von den einzelnen Rechtsgeschäften zu handeln, bei deren Vornahme die Frauenspersonen da, wo Geschlechtsvormundschaft gilt, bezüglich gegolten hat, der Mitwirkung eines Geschlechtsvormundes bedürfen, bezüglich bedurften. Es gehören dahin regelmäßig alle processualischen Handlungen [2386]). Gewöhnlich sind ausgenommen Ehesachen, wozu man häufig auch Schwängerungssachen rechnet, Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden, und stets Criminalsachen. In den Ländern sächsischen

---

2381) Gai. II. 47. Ausnahmen: Vat. Fragm. §. 1. 259. Ueber erstere Stelle s. Puggé, im Rhein. Mus. v. 1829 S. 423—428. In letzterer Stelle ist Usucapion des bonitarischen Eigenthums gemeint.

2382) Vat. Fragm. §. 259.

2383) Cic. Top. cap. 11. Gai. II. 85. III. 171. L. 1. C. de acceptilat. (VIII. 43. (44.)).

2384) Ulp. XI. 27.

2385) Vat. Fragm. §. 325. 327.

2386) Const. elect. Saxon. v. 1572 P. II. const. 15. Alte kursächs. PO. Tit. 8, §. 1. Erläut. kursächs. PO. Tit. 8, §. 1. Ernest. PO. P. I. Cap. 3, §. 12, 13. Eisen. PO. Tit. 2, §. 11. Rudolst. PO. P. I. Tit. 4, §. 1. Altenb. PO. P. I. Cap. 5, §. 1, 2. Goth. PO. P. I. Cap. 5, §. 1, 2. Hohenloh. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 8. Rev. Lüb. Recht I, 7, 8. Hamburg. Stat. I, 9, 5.

Rechtes ist mit Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft bei unverheuratheten Frauenspersonen natürlich auch die Mitwirkung der Geschlechtsvormünder bei processualischen Handlungen weggefallen[2387]). Was die Frage, wie weit eine Frauensperson in anderen Fällen an die Mitwirkung des Geschlechtsvormundes gebunden sei, anlangt, so verlangen alle neueren Rechte solche nur bei Geschäften der Frauenspersonen, welche auf das Vermögen Bezug haben, nicht aber bei denen, welche sich blos auf die Person der Frauenspersonen beziehen; sie sprechen sich hierüber entweder ausdrücklich aus oder stillschweigend dadurch, daß Alles, was sie über die Nothwendigkeit der Zuziehung des Vormundes bestimmen, sich nur auf Geschäfte der ersteren Art bezieht[2388]). Der Grund liegt wohl darin, daß man den Geschlechtsvormund dem römischen Curator gleichstellte und es von diesem heißt: rei, non personae datur. Eine Ausnahme davon machten manche Rechte auch noch lange nach Einführung des römischen Rechtes nur in Bezug auf Eheversprechen, nicht blos bei volljährigen Jungfrauen, sondern auch wenn Witwen wieder heurathen wollten[2389]). Auch mußte, wenigstens nach einigen Rechten, eine Witwe, wenn sie ihre Tochter verloben wollte, ihren Geschlechtsvormund zuziehen[2390]). In neueren Zeiten wird aber fast nirgends mehr die Einwilligung des Geschlechtsvormundes zu Eheversprechen verlangt[2391]). Es ist dies wohl nicht zu billigen, wie Kraut weiter ausgeführt hat. Denn das Eheversprechen hat da, wo Gütergemeinschaft gilt, auch bedeutenden Einfluß auf das Vermögen der Frauensperson, und deshalb sollte man, wenigstens an solchen Orten, die Zuziehung eines Geschlechtsvormundes zu jenem Versprechen verlangen[2392]). Welche auf das Vermögen bezügliche Rechtsgeschäfte einer Frauensperson zu ihrer Giltigkeit der Zuziehung eines Geschlechtsvormundes bedürfen, darin sind die einzelnen Rechte und die Ansichten der Juristen von einander sehr abweichend. Fast allgemein rechnet man dahin alle vor Gericht oder vor anderen Behörden vorzunehmende Geschäfte[2393]).

2387) Nur das meining. Ges. v. 19. August 1833 Art. 2 verlangt noch bei Processen einer Tochter unter väterlicher Gewalt mit ihrem Vater Mitwirkung eines männlichen Beistandes.

2388) Letzteres ist das Gewöhnliche; eine Verordnung der ersteren Art findet sich im Code Napoléon als bad. Landr. §. 515g. Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 42.

2389) Beispiele führt an Kraut Bd. 2, S. 298, N. 5.

2390) Z. B. in Bremen. S. Kraut a. a. O. N. 6. In Sachsen war es nach Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 15. def. 11. nr. 6. schon zu dessen Zeit unbestrittenes Herkommen, daß es der Zuziehung des Geschlechtsvormundes bei Eheversprechen nicht bedürfe.

2391) Selbst in Hamburg schwankt die Praxis in neuerer Zeit in diesem Punkte; s. Gries, Comm. z. Hamburg. Stadtr. Bd. 2, S. 20.

2392) Darum verdient die Vorschrift des meining. Ges. v. 19. Aug. 1833 Art. 2, daß bei allen Eheverträgen den Frauenspersonen ein männlicher Beistand zugezogen werden soll, empfohlen zu werden.

2393) Z. B. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 158. Bad. Verordn. v.

Die sächsischen Juristen stützten dies auf den Sachsenspiegel [2394]), obgleich dieser nach der früher mitgetheilten Ausführung von Kraut diesen Grundsatz keineswegs enthält. In Ansehung der außergerichtlichen Rechtsgeschäfte ist hierbei wieder zwischen denen unter Lebendigen und denen von Todeswegen zu unterscheiden. Bei den ersteren verlangt man allgemein die Zuziehung des Geschlechtsvormundes, sobald sie irgend eine Art von Veräußerung von Immobilien bezweckten [2395]), zuweilen auch, wenn sie sich überhaupt nur auf diese beziehen [2396]). Hierauf beschränkt sich aber auch nach manchen Rechten die Nothwendigkeit der Zuziehung eines Geschlechtsvormundes bei außergerichtlichen Geschäften [2397]). Nach dem sächsischen Rechte mußte außerdem der Geschlechtsvormund auch noch bei allen Geschäften, welche universitates betreffen, zugezogen werden [2398]). Dagegen konnten nach demselben unverheurathete Frauenspersonen über bewegliche Sachen, soweit sie nicht Gegenstand einer universitas sind, frei verfügen und sich wegen derselben verpflichten [2399]). Andere Rechte verlangen aber die Zuziehung des Vormundes auch bei Rechtsgeschäften, welche Mobilien betreffen und daher im allgemeinen auch bei allen Contracten der Weiber [2400]). Hinsichtlich der letztwilligen Verfügungen finden sich in den teutschen Rechtsquellen ganz entgegengesetzte Grundsätze in Betreff der Nothwendigkeit der Zuziehung eines Geschlechtsvormundes dabei. Nach einigen Rechten können nämlich Frauenspersonen dieselben ganz unbedingt ohne Geschlechtsvormünder errichten, selbst wenn sie sich auf Immobilien beziehen; insbesondre war dies nach dem sächsischen Rechte der Fall [2401]). Man stützt dies bald auf die willkürliche Widerruflichkeit solcher Geschäfte, bald auf das Princip des römischen Rechtes, daß die testamentifactio der freien Willkür eines Jeden überlassen bleiben müsse und er dabei

---

11. Juni 1789 §. 22. Paulsen, schlesw.-holst. Privatr. §. 172. Hohenloh. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 8. Rev. Lüb. Recht I, 7, 8. Hamburg. Stat. I, 9, 1. Fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 7, §. 7. In den Ländern sächsischen Rechtes ist mit Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft auch dies weggefallen.

2394) Sächs. Landr. B. 1, Art. 47.

2395) Haubold a. a. O. Würtemb. Landr. Th. 2, Tit. 26, 29. Hohenloh. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 8. In den sächsischen Ländern ist dies mit Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft in Wegfall gekommen.

2396) Nach kgl. sächs. Rechte gehörten hierher selbst Pachtcontracte über Immobilien; s. Kind, Quaest. for. T. III. cap. 108. ed. 2.

2397) Z. B. fränk. Landgerichtsordn. Th. 3, Tit. 7, §. 7.

2398) Man stützte dies auf Const. elect. Saxon. v. 1572 P. III. const. 15. S. Haubold a. a. O. Auch in Schleswig-Holstein muß der Geschlechtsvormund bei „Erbrechts-Handlungen" zugezogen werden; s. Paulsen, schlesw.-holst. Privatr. §. 172.

2399) Const. elect. Sax. P. II. const. 15. Haubold a. a. O. Im wesentlichen damit übereinstimmend ist die bad. Verordn. v. 11. Juni 1789 Tit. 1, §. 3.

2400) Z. B. würtemb. Landr. Th. 2, Tit. 26, 29.

2401) Const. elect. Sax. P. II. const. 15. Bad. Verordn. v. 11. Juni 1789 Tit. 1, §. 5.

nicht an eine fremde Auctorität gebunden sein dürfe[2402]). Da nun Erbverträge unwiderruflich sind und die freie testamentifactio aufheben oder doch beschränken, so kann man sie in dieser Beziehung offenbar nicht einer letztwilligen Verfügung gleichachten, sondern muß sie, auch wenn sie Geschäfte von Todes wegen sind, den Geschäften unter Lebenden gleichstellen[2403]). Hieraus folgt, daß nur pacta dotalia mixta, weil diese wahre letzte Willen sind, ohne Einwilligung des Geschlechtsvormundes giltig sein können, nicht aber pacta dotalia simplicia[2404]). Andere Rechte verlangen ganz im Gegensatze davon bei letztwilligen Verfügungen die Zuziehung des Geschlechtsvormundes ganz unbedingt[2405]). Ausnahmsweise sind nur folgende Geschäfte der Frauenspersonen ohne Zuziehung des Vormundes giltig: 1) alle die Besorgung des Haushaltes betreffende Geschäfte[2406]); 2) solche Geschäfte, welche in jeder Rücksicht ihrer Willkür entzogen sind, z. B. wegen einer gesetzlichen Bestimmung oder eines vorhergegangenen giltigen Vertrages, wie bei dem Wiederkaufsvertrage[2407]); 3) solche Geschäfte, welche nach Willkür widerruflich bleiben[2408]); 4) solche, worin eine reine Freigebigkeit gegen die Frauensperson liegt, wie die Annahme einer Schenkung oder der Erlaß einer Verbindlichkeit. Kraut[2409]) hält es dagegen für unrichtig, wenn Manche[2410]) die Regel aufstellen, daß Frauenspersonen

2402) Ersteres geschieht in der bad. Verordn. v. 11. Juni 1789 Tit. 1, §. 5.

2403) Gottschalk, Discept. for. T. I. cap. 5. Angef. bad. Verordnung Tit. 1, §. 9.

2404) Hommel, Rhaps. obs. 25. Gottschalk l. c. p. 57 sq. Haubold a. a. O. §. 158. Dagegen hält Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 15. def. 11. alle Arten von pacta dotalia ohne Zuziehung des Geschlechtsvormundes für giltig. Für letzteres hatte sich auch die Praxis im Königreiche Sachsen entschieden. Haubold a. a. O. §. 85. Im sächsischen Rechte ist ein besonderer Grund der Nothwendigkeit der Zuziehung eines Vormundes bei Erbverträgen die auf das sächs. Landr. B. 2, Art. 30 sich gründende nothwendige Form der gerichtlichen Errichtung solcher Verträge. Die Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 42 erklärt alle Verfügungen auf den Todesfall, einschließlich der Erbschaftsverträge und Eheberedungen ohne Zuziehung des Geschlechtsvormundes für giltig. v. Bamberg, Rudolst. Privatr. §. 19 hält zwar bei Ehestiftungen, welche Verträge sind, einen Curator für nöthig, versteht aber dabei offenbar das angef. Gesetz ganz unrichtig. S. Heimbach, sächs. Privatr. §. 107, N. 8.

2405) Z. B. die Hamburg. Stat. III, 1, 13. Dasselbe ist in Schleswig und Holstein der Fall; s. Paulsen, schlesw.-holst. Privatr. §. 199.

2406) Z. B. revid. Lüb. Recht III, 6, 13. Hamburg. Stat. II, 8, 1. Was diese in Bezug auf die Contracte über Leinwand und Flachs enthalten, dehnt die Praxis in Hamburg und Lübeck auf Alles aus, was zum Bedarf des Haushaltes angeschafft wird; s. Mevius ad ius Lubec. III. 6. 13. nr. 4—6. Gries, Comm. z. Hamburg. Stadtr. Bd. 1, S. 19, N. ***). Code Napol. als bad. Landr. §. 515g. Lauterbach, diss. de aere alieno §. 74. Consil. Tubing. T. IX. Caus. 17. nr. 42.

2407) Mevius ad ius Lubec. I. 10. 1. nr. 47. 49.

2408) Code Napol. als bad. Landr. §. 515g.

2409) Kraut Bd. 2, S. 306.

2410) Z. B. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 15. def. 17. Mevius ad ius Lubec. I. 10. 1. nr. 50—52.

überhaupt alle Geschäfte, von welchen sie Vortheil oder doch keinen Nachtheil haben, ohne Geschlechtsvormund verrichten können, so daß also die Nichtigkeit nicht von der Natur des Geschäftes, sondern von den besonderen Umständen jedes einzelnen Falles abhängen soll. Kraut macht dagegen geltend, daß hierdurch, auch wenn man von dem Gegner den Beweis, daß das Geschäft der Frauensperson unschädlich gewesen sei, fordern wollte, dieselbe leicht in weitläufige Processe verwickelt werden könnte und ihr hierdurch Schaden zugefügt würde, während doch die Geschlechtsvormundschaft Schaden von ihr abwenden solle. Wir können der Ansicht von Kraut nur insoweit beipflichten, als derselbe sich dagegen erklärt, daß Geschäfte, von welchen die Frauensperson keinen Nachtheil hat, ohne Geschlechtsvormund eingegangen werden könnten. Allein die Grundsätze von der in rem versio sind immer noch anwendbar geblieben. Da Frauenspersonen rücksichtlich der Geschäfte, zu denen sie der Zustimmung eines Geschlechtsvormundes bedürfen, nach dem heutigen Rechte ganz ebenso behandelt werden, wie die Minderjährigen nach dem heutigen Rechte [2411]), so folgt daraus, daß sie in allen Fällen, wo Minderjährige durch in rem versio aus Geschäften, welche sie ohne den Vormund eingegangen haben, verbindlich sind, ebenfalls verpflichtet werden, z. B. wenn ein von ihnen ohne Zustimmung des Geschlechtsvormundes, wo solche particularrechtlich bei Darlehnen nothwendig ist, aufgenommenes Darlehn in ihren Nutzen verwendet worden ist. Dagegen sind wir mit Kraut darin einverstanden, daß zu den ihrer Natur nach unnachtheiligen Geschäften keineswegs die Ausübung des Retractes und die Ausschlagung einer Erbschaft gezählt werden könne, wie dies von Manchen [2412]) geschieht, jene nicht, weil ein Gut leicht zu theuer verkauft sein kann, diese nicht, weil eine Erbschaft vortheilhafter sein kann, als eine der Rechte unkundige Frauensperson es glauben möchte. Außerdem zählen die Juristen als Gründe zur Aufrechterhaltung der ohne Einwilligung des Geschlechtsvormundes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte noch auf: 1) die Frömmigkeit, wenn die Frauensperson mit der Kirche oder zu Gunsten einer frommen Anstalt contrahirt [2413]); 2) das natürliche Gefühl, wenn sie mit ihren Kindern contrahirt oder diesen etwas schenkt [2414]); 3) wenn nicht anzunehmen ist, daß die andere Partei der Frauensperson Nachtheil zufügen werde, z. B. wenn sie mit ihrem Vater contrahirt [2415]); 4) der öffentliche Nutzen [2416]); 5) Anwesenheit der Verwandten der Frauensperson bei Abschließung des Ge-

---

2411) Kraut Bd. 2, S. 292 flg.

2412) Z. B. von Wibel, de contractibus mulierum cap. IV. nr. 96. 118. 168. 169.

2413) Mevius ad ius Lubec. I. 10. 1. nr. 45.

2414) Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 15. def. 8. nr. 5. 6. Mevius l. c. nr. 46. Harpprecht, Responsa Vol. IV. p. 617 sq.

2415) Carpzov l. c. def. 8. nr. 1—4. Mevius l. c. nr. 48.

2416) Mevius l. c. nr. 49.

schäftes, weil theils diese den Geschlechtsvormund ersetzten, theils in einem solchen Falle keine Benachtheiligung der Frauensperson zu fürchten sei[2417]); 6) wenn weder die Frauensperson, noch irgend ein Anderer den Contract binnen 10 Jahren angefochten hat, weil der Ablauf dieser Zeit die mangelnden Förmlichkeiten ersetze[2418]); 7) wenn die Frauensperson kraft besonderen Auftrages in fremdem Namen contrahirt[2419]); 8) wenn sie bei Abschließung des Geschäftes in dolo ist, weil die Berufung auf die Unverbindlichkeit des Geschäftes wegen fehlender Einwilligung des Vormundes nach dem heutigen Charakter der Geschlechtsvormundschaft zu den Rechtswohlthaten der Frauen gerechnet werde und sie diese durch dolus verscherzen[2420]). Von diesen Gründen ist nur der letzte zur Rechtfertigung einer Ausnahme von der aufgestellten Regel geeignet. Auch Particularrechte erkennen diesen Grund an[2421]). Außer ihm sind noch am scheinbarsten der unter §. 6 und 7, bei genauerer Betrachtung aber auch nicht zu rechtfertigen. Denn mag auch in manchen Fällen die Gegenwart von Verwandten der Frauensperson den Geschlechtsvormund ersetzen, so kann dies doch nicht von allen gelten, da das Interesse der Verwandten oft ein dem der Frauensperson widersprechendes ist und es jedenfalls einen bedeutenden Unterschied macht, ob Jemand die Pflicht hat, Benachtheiligung von einem Anderen abzuwenden oder ob dies blos dem Zufalle und dem Gutbefinden überlassen bleibt. Die Ausnahme unter 6. wird durch die dafür angeführten römischen Gesetzstellen nicht begründet, weil diese nicht von einem Falle handeln, wo, wie hier, aus dem Mangel der beobachteten Form Nichtigkeit entsteht. Was die angebliche Ausnahme unter 7. betrifft, so wird zwar nach den Grundsätzen des heutigen Rechtes eine in fremdem Namen kraft besonderen Auftrages contrahirende Frauensperson dem anderen Paciscenten nicht verbindlich und es erscheint aus diesem Gesichtspunkte die Zuziehung eines Geschlechtsvormundes als unnöthig; allein die Sache erhält ein anderes Ansehen, wenn man erwägt, daß die Frauensperson durch die Art und Weise der Vollziehung des erhaltenen Auftrages ihrem Mandanten verbindlich werden kann. — Hat eine Frauensperson ein außergerichtliches Geschäft, welches der Zuziehung des Geschlechtsvormundes bedurft hätte, ohne denselben abgeschlossen, so ist dasselbe, ebenso wie ein von einem Minderjährigen ohne Zuziehung seines Curators eingegangenes Geschäft, ein sog. negotium claudicans, d. h. es ist ungiltig, soweit sie dadurch verpflichtet wird, giltig hingegen, soweit es zu ihrem Vortheile gereicht. Der andere Contrahent kann daher aus dem Mangel des Beitrittes eines Vormun-

---

2417) Carpzov l. c. def. 18. Mevius l. c. nr. 53.

2418) Arg. L. 6. §. 3. D. 29. 2. L. 10. C. III. 33. Mevius l. c. nr. 54. 55.

2419) Mevius l. c. nr. 56.

2420) Carpzov l. c. def. 13. Winckler zu Berger, Oecon. iur. Lib. I. Tit. 4. th. 6. not. 9b.

2421) Z. B. kgl. sächs. Mandat v. 10. Nov. 1828 §. 16. Meining. Gesetz v. 19. August 1833 Art. 3.

des bei dem Contracte keinen Grund entlehnen, davon abzugehen, sondern er muß denselben erfüllen, wenn die Frauensperson den Contract erhalten will, wogegen sie selbstverständlich auch zu den im Contracte von ihr übernommenen Gegenleistungen verbunden ist, wenn sie auf Erfüllung des Contractes besteht[2422]). Noch weniger haben Dritte das Recht, ein solches Geschäft als nichtig anzufechten[2423]). Dagegen sind gerichtliche Geschäfte, welche eine Frauensperson vor dem Richter ohne die dazu erforderliche Zuziehung ihres Geschlechtsvormundes abgeschlossen hat, auch soweit der andere Theil dadurch verpflichtet wird, also gänzlich ungiltig, weil sonst die richterliche Auctorität denen zum Nachtheile gereichen würde, welche sich ihr im guten Glauben anvertraut haben[2424]). Der nähere Grund liegt, wenigstens bei processualischen Handlungen, in der den Frauenspersonen da, wo die Geschlechtsvormundschaft gilt, mangelnden Fähigkeit, vor Gericht allein zu handeln. Es führt dies auch auf einen Unterschied der erforderlichen Art und Weise der Mitwirkung des Geschlechtsvormundes bei gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften. Bei gerichtlichen Handlungen, zu denen die Mitwirkung des Geschlechtsvormundes nothwendig ist, muß derselbe mit der Curandin zugleich vor Gericht gegenwärtig sein und seine Zustimmung erklären, weil die Frau ohne ihn keine persona standi in iudicio hat; eine spätere Genehmigung von seiner Seite ist also unnütz. Bei außergerichtlichen Handlungen gilt, so lange die Curandin nicht ihren Willen, das Geschäft nicht erhalten zu wollen, erklärt hat, seine nachherige Genehmigung der gleich anfangs von ihm bei Abschluß des Geschäftes, wobei er anwesend ist, ertheilten Zustimmung gleich. — Streitig ist es, ob das von einer Frauensperson ohne Vormund eingegangene Rechtsgeschäft ipso iure oder blos per exceptionem ungiltig sei, d. h. mit anderen Worten, ob der Richter von Amtswegen auf dessen Ungiltigkeit zu erkennen habe oder ob es von dem Willen der Frau abhänge, dasselbe als giltig anzuerkennen oder es durch Klage oder Einrede anzufechten[2425]). Die älteren Juristen entschieden sich für das Erstere und ließen daher

---

2422) Bad. Verordnung v. 11. Juni 1789 §. 26, 28. Meining Ges. v. 19. August 1833 Art. 3. Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 39. Carpzov l. c. def. 17. Berger, Oecon. iur. Lib. I. Tit. 4. th. 6. not. 7. Hommel, Rhaps. obs. 423. Haubold a. a. O. §. 158. Gries, Comm. z. Hamburg. Stadtr. Bd. 1, S. 20 flg. Wächter, Handb. des würtemb. Privatr. Bd. 1, Abth. 1, S. 460.

2423) Ausdrücklich bestimmt dies der Code Napoléon als bad. Landrecht §. 515 i.

2424) Haubold a. a. O. §. 158. Heimbach, sächs. Privatr. §. 169.

2425) Bei processualischen Handlungen kann diese Frage nicht entstehen; denn diese sind wegen der den Frauen mangelnden persona standi in iudicio unbedingt nichtig, wenn sie ohne Curator vorgenommen sind, selbst wenn sie der Frauensperson zum Besten gereichen. Haubold a. a. O. §. 158. Dies ist auch anerkannt in der kgl. sächs. erl. PO. Tit. 8, §. 3. Altenb. PO. P. I. Cap. 5, §. 5. Goth. PO. P. I. Cap. 5, §. 5; fällt aber freilig bei unverheuratheten Frauenspersonen mit der Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft weg.

nicht einmal eine naturalis obligatio aus einem solchen Geschäfte zu[2426]). Da aber nach dem Princip, worauf jetzt die Geschlechtsvormundschaft beruht, sie eine Wohlthat für die Frauen sein soll und es jedem freistehen muß, von einer solchen Gebrauch zu machen oder nicht, so entspricht die letztere Ansicht jenem Princip mehr und ist daher auch in neuerer Zeit fast allgemein angenommen[2427]). Daher ist auch zu behaupten, daß, wenn eine Frauensperson die ohne Vormund contrahirte Schuld bereits bezahlt hat, sie das Gezahlte nicht zurückfordern könne[2428]). Hiernach muß eine von Jemanden für die von einer Frauensperson ohne Zuziehung ihres Geschlechtsvormundes contrahirte Schuld übernommene Bürgschaft, da eine solche auch für eine naturalis obligatio übernommen werden kann, als giltig angesehen werden[2429]). Auch ist es mit der Consequenz jenes Princips nicht verträglich, wenn Manche annehmen, daß selbst, wenn die Frauensperson das ohne Vormund eingegangene Geschäft eidlich bestärke, es ungiltig bleibe[2430]), da nach dem canonischen Rechte ein nach dem Civilrechte zum Vortheile einer Person ungiltiges Geschäft durch die eidliche Bestärkung giltig wird[2431]). Ist nun aber in den Fällen, wo es der Zuziehung eines Geschlechtsvormundes bei den Rechtsgeschäften der Frauenspersonen bedarf, ein solcher zugezogen worden, so kann nach älterem Rechte die Frauensperson selbst die Giltigkeit des Geschäftes niemals anfechten, weil alle älteren Rechtsquellen die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes lediglich davon abhängig machen, ob ein Vormund zugezogen worden ist oder nicht. Dies gilt namentlich auch von Verbürgungen der Frauen, welcher sie daher auch meistens nicht besonders gedenken, oder wenn sie dies thun, den übrigen Rechtsgeschäften derselben gleich behandeln[2432]). Seit der Aufnahme des römischen Rechtes ist darin theilweise eine Aenderung eingetreten. Nur an einigen Orten hat man in dieser Beziehung den Grundsatz des älteren teutschen Rechtes beibehalten[2433]); an anderen hingegen hat man das

2426) Mevius ad ius Lubec. I. 10. 1. nr. 32—43. Berger, de necessitate curatoris in actis mulierum in coll. dissert. nr. 10. §. 10. p. 317.

2427) Consil. Tubing. T. II. Caus. 119. nr. 15. Kraut Bd. 2, S. 310. In Würtemberg scheint jedoch die ältere Meinung in der Praxis den Vorzug behalten zu haben; s. Wächter, Handb. des würtemb. Privatr. Bd. 1, Abth. 1, S. 460, N. 10.

2428) Bad. Landr. §. 515 k. Dagegen gestattet das kgl. sächs. Mandat v. 10. Nov. 1828 §. 12 die Zurückforderung einer solchen Zahlung.

2429) Carpzov, Iurispr. for. T. II. Const. 15. def. 7.

2430) Consil. Tubing. T. III. Caus. 221. nr. 9 sq. Weishaar, würtemb. Privatr. Th. 1, §. 273.

2431) Daher hat auch das OAGericht zu Jena ein von einer Frauensperson ohne Geschlechtsvormund eingegangenes, von ihr eidlich bekräftigtes Geschäft für giltig erachtet. S. Heimbach, Erörter. Bd. 1, Nr. XX, S. 83—87.

2432) Lüb. Recht Cod. Hach. I. 21. und Cod. Hach. II. 96. S. überhaupt Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 1, Nr. X, §. 1, 2.

2433) Z. B. in Baden; s. bad. Verordn. v. 1. Juli 1789. Bad. Landr. B. 3, Tit. 14.

SC. Velleianum und die damit in Verbindung stehenden Vorschriften des römischen Rechtes unbedingt angenommen. Hier ist daher die Bürgschaft einer Frau, wobei der Vormund nicht zugezogen worden ist, schon ipso iure nichtig; aber auch im Falle seiner Zuziehung kann sie noch immer ope exceptionis, d. h. durch Berufung auf das SC. Velleianum unwirksam gemacht werden. Sowie aber nach dem heutigen gemeinen Rechte durch die eidliche Bekräftigung der Intercession von Seiten der Frauensperson oder auch durch eidliche Verzichtleistung derselben dabei auf ihre Rechtswohlthaten, die Berufung auf das Senatusconsult ausgeschlossen wird, so gilt dies auch hier. Nur darüber ist Streit, ob es in diesem Falle auch der Zuziehung des Geschlechtsvormundes dabei bedürfe oder nicht. Der richtigen Ansicht nach muß dies geleugnet werden, da die Giltigkeit der Intercession hier sich auf die Grundsätze des canonischen Rechtes von der Wirksamkeit des Eides stützt, diese aber nicht von der Zuziehung eines solchen Vormundes abhängt und der Eid auch sonst, nach dem kurz vorher Bemerkten, den Geschlechtsvormund entbehrlich macht[2434]). Doch ist in der Praxis bisweilen die entgegengesetzte Ansicht befolgt und auch in diesem Falle die Mitwirkung des Geschlechtsvormundes verlangt worden[2435]).

bb) Bei verheuratheten Frauenspersonen. Die Grundsätze des älteren teutschen und des heutigen Rechtes über den Einfluß, welcher die eheliche Vormundschaft auf die Handlungen und Rechtsgeschäfte der Ehefrauen, ihre Verpflichtung daraus u. s. w. ausübt, sind früher in diesem Artikel ausführlich dargestellt worden. (Besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. B. EE. Nr. 2.) Es ist daher darauf zu verweisen. Von den dort dargestellten Grundsätzen des gemeinen Rechtes weichen jedoch Particularrechte ab. Insbesondre ist in den Ländern sächsischen Rechtes Regel, daß eine Ehefrau weder vor Gericht, noch außer Gericht ohne Beitritt und Zustimmung ihres ehelichen Vormundes giltig handeln könne, und daß weder sie selbst aus den ohne diese Zustimmung eingegangenen Geschäften verpflichtet wird, noch auch ihr Ehemann. Es beruht dies auf besonderen Vorschriften[2436]). Die Ehefrau selbst kann sich daher auf die Ungiltigkeit und Nichtverbindlichkeit eines solchen Geschäftes berufen.

2) Bei Pupillen und Minderjährigen.

a) Römisches Recht.

aa) Bei Pupillen. Weit beschränkter als die Handlungsfähigkeit der Frauen im vorjustinianeischen Rechte war, ist noch im Justi-

---

2434) So hat auch das OAGericht zu Jena erkannt. Vgl. N. 2431.

2435) Z. B. in Würtemberg, so lange dort Geschlechtsvormundschaft galt; s. Wächter a. a. O. S. 470 flg.

2436) Besonders auf Const. elect. Sax. P. II. const. 15. Kursächs. Dec. 24. v. 1661. Mandat v. 18. Nov. 1722, sowie was processualische Handlungen betrifft, auf Const. 15. P. II. und den sächsischen Proceßordnungen. Vgl. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 70, 71, 158. Haubold, sächs. Privatr.

nianeischen Rechte die Handlungsfähigkeit der Pupillen. In den Fällen freilich, wo Erwerb und Verlust von Rechten vermöge allgemeiner Rechtsregel eintritt oder wo Obligationen aus Delicten oder unmittelbar gesetzlichen Gründen entstehen, trifft dies alles auch den Pupillen [2437]). Ebenso kann der Pupill, wenn er nur ernstlich wollen und den Hergang begreifen kann, d. h. wenn er infantia maior ist und zugleich die Form der Handlung kein Hinderniß bildet, alle bereichernden Handlungen ohne Zuziehung seines Tutors giltig vornehmen [2438]). Von allen übrigen Willenshandlungen gilt die Regel, daß der Pupill ohne auctoritas tutoris keinen rechtlichen Willen habe [2439]). Hiernach sind folgende Handlungen dem Pupillen ohne die auctoritas des Tutors rechtlich unmöglich: 1) alle (dem Pupillen überhaupt zugänglichen) civilrechtlichen feierlichen Handlungen (civilia negotia, actus legitimi) aus denselben Gründen und in gleichem Umfange wie bei Frauen. 2) Alle obligirenden Handlungen [2440]) sind nach strengem Civilrechte für den Pupillen dergestalt unverbindlich, daß keine actio daraus gegeben wird, obgleich bei zweiseitigen Geschäften der andere Contrahent allerdings gebunden ist [2441]). Diese Regel gilt sowohl von verborum obligationes, z. B. Promissionen [2442]), als auch von den Fällen, wo Obligationen re contrahirt werden [2443]), und von allen anderen obligirenden Willenshandlungen, z. B. Consensualcontracten, Pollicitationen und Gelübden, Constitut von Schulden, Anstellung von Institoren, Einräumung von Peculien, iussus an Sclaven, negotiorum gestio u. s. w. [2444]). Da jedoch dem ius gentium diese strenge Rechtsansicht fremd ist, so nahm man später auf Seiten des Pupillen wenigstens eine naturalis obligatio

§. 94, 95 und sächs. Proceß Bd. 1, §. 29, Nr. 2. Mit den in der gedachten kursächs. Decision und dem Mandat v. 1722 aufgestellten Grundsätzen stimmt auch der Gerichtsgebrauch der übrigen Länder sächsischen Rechtes überein.

2437) Von Fällen der ersten Art handeln L. 8. pr. D. 29. 2. L. 1. §. 2. L. 28. D. 41. 3.; von Fällen der zweiten Art L. 5. §. 2. D. 9. 2. L. 23. D. 47. 2. L. 111. pr. D. 50. 17. (es wird jedoch bei diesen vorausgesetzt, daß der Pupill des dolus fähig ist); von Fällen der dritten Art L. 6. pr. L. 21. §. 1. L. 34. D. 3. 5. L. 13. §. 1. D. 12. 6. L. 1. §. 15. D. 16. 3. L. 11. D. 14. 3. L. 8. §. 15. D. 16. 1. L. 10. 11. D. 39. 1.

2438) Er kann z. B. giltig stipuliren (L. 142. §. 2. D. 45. 1. L. 6. D. 46. 6. L. 1. §. 13. D. 44. 7. Gai. III. 107.) sich von Obligationen liberiren (L. 2. D. 46. 4. L. 28. pr. D. 2. 14. L. 26. pr. L. 42. pr. D. 12. 2. L. 1. C. V. 59.), Eigenthum und Besitz erwerben (L. 11. D. 41. 1. L. 26. C. de donat. (VIII. 53. in nostr. 54.) L. 9. pr. D. 26. 8. L. 1. §. 3. D. 41. 3.) u. s. w.

2439) L. 189. D. 50. 17. L. 10. D. 22. 6.

2440) Gai. III. 107. 108. L. 43. D. 44. 7. L. 141. §. 2. D. 45. 1.

2441) L. 13. §. 29. D. 19. 1. pr. Inst. I. 21.

2442) Gai. III. 107. L. 1. C. de inutil. stipul. (VIII. 38. (39.)) L. 9. §. 5. D. 12. 1. L. 7. D. 21. 2. L. 35. 47. D. 4. 8.

2443) Gai. III. 91. L. 9. §. 5. D. 12. 1. L. 13. §. 1. D. 12. 6. L. 66. D. 46. 3. L. 2. D. 46. 1. L. 1. §. 1. L. 2. D. 13. 6.

2444) L. 5. §. 1. D. 26. 8. L. 7. §. 1. D. 18. 5. L. 33. D. 17. 2. L. 2. §. 1. D. 50. 12. L. 1. §. 2. D. 13. 5. L. 9. 10. D. 14. 3. L. 1. §. 16. D. 14. 1. L. 3. §. 3. D. 15. 1. L. 1. §. 7. D. 15. 4. L. 3. §. 4. D. 3. 5.

an. Es ist daher gegen seine Bürgen und Constituenten eine Klage zulässig[2445]). Auch kann der Pupill selbst aus einem zweiseitigen bonae fidei negotium nur dann wirksam klagen, wenn er auch seinerseits zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus diesem Geschäfte bereit ist[2446]). Rücksichtlich der Frage, ob, wenn der Pupill seine natürliche Verbindlichkeit erfüllt hat, er das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückfordern könne oder nicht, scheinen unter den römischen Juristen selbst verschiedene Ansichten bestanden zu haben[2447]). Noch weiter ging ein Rescript von Antoninus Pius, welches gegen den Pupillen, soweit er aus einem Geschäfte bereichert worden ist, sogar die Klage aus diesem Geschäfte gegeben wissen will. Vielleicht bezog es sich ursprünglich auf die actio negotiorum gestorum, ist aber später generalisirt worden[2448]). 3) Auch der Erwerb einer Erbschaft ist, abgesehen von dem Falle, wo der Pupill necessarius heres ist[2449]), ohne auctoritas tutoris unmöglich, weil die Erbschaftsantretung, selbst im Falle der Solvenz der Erbschaft, doch immer eine verpflichtende Handlung ist[2450]). Dies gilt sowohl von der cretio, aditio und pro herede gestio[2451]), als auch von der petitio bonorum possessionis[2452]) und der Annahme ex SC. Trebelliano[2453]). Bei der bonorum possessio erleidet jedoch dieser Satz später insofern eine Ausnahme, als der Pupill, wenn der Prätor sein Alter kannte und ihm doch auf sein Nachsuchen die bonorum possessio ertheilte, auch ohne auctoritas das prätorische Erbrecht erwerben soll[2454]). 4) Auch Veräußerungen sind dem Pupillen unbedingt, also in größerem Umfange, wie den Frauen verboten. Dies gilt schon von der Veräußerung des bloßen Besitzes. Tradirt er also einem Anderen, so verliert er zwar den Besitz und der Andere fängt ihn an, aber Erwerb und Verlust bilden keine Succession, so daß dem Erwerber die accessio possessionis des Pupillen niemals zu Gute kommt[2455]). Umsomehr gilt diese Regel von Uebertragung des Eigenthums oder Bestellung von Servituten[2456]), selbst bei nec mancipi res[2457]). Daher kann der Pupill

---

2445) L. 2. D. 46. 1. L. 127. D. 45. 1. L. 42. pr. D. 12. 2. L. 35. D. 4. 8. L. 95. §. 4. D. 46. 3.

2446) L. 7. §. 1. D. 18. 5. L. 3. §. 4. D. 3. 5.

2447) Vgl. darüber den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 194, N. 29.

2448) L. 34. D. 3. 5. vgl. mit L. 6. pr. L. 3. §. 4. D. eod. L. 2. C. de negot. gest. (II. 18. (19.)) L. 3. pr. D. 13. 6. L. 66. D. 46. 3. L. 13. §. 1. D. 4. 3.

2449) L. 8. pr. D. 29. 2.

2450) L. 3. §. 3. D. 42. 4.

2451) L. 8. pr. D. 29. 2. L. 9. §. 3. D. 26. 8. §. 1. Inst. I. 21. L. 17. §. 1. D. 49. 1.

2452) L. 7. §. 1. D. 37. 1. §. 1. Inst. I. 21.

2453) L. 37. §. 2. L. 38. D. 36. 1. L. 9. §. 4. D. 26. 8. §. 1. Inst. I. 21.

2454) L. 7. C. VI. 9.

2455) L. 11. D. 41. 1. S. auch L. 5. pr. D. 39. 1.

2456) Ulp. XI. 27.

2457) L. 10. pr. D. 8. 6.

nichts verschenken, verkaufen[2458]), nicht manumittiren[2459]), kein Geld ausleihen oder auszahlen[2460]) u. s. f., sondern er behält in allen diesen Fällen sein Eigenthum und seine Vindication, wogegen aber auf der anderen Seite der Empfänger des Geldes erst dann mit der condictio indebiti oder mit der Darlehnsklage belangt werden kann, oder im Falle der Zahlung erst dann seine Forderung verliert, wenn er durch Usucapion oder Consumtion das Geld unwiderruflich erworben hat. Endlich gilt der gedachte Satz auch von Obligationen und Actionen des Pupillen. Denn durch Acceptilation, Novation, Delegation, Litiscontestation, Ernennung eines Procurators in rem alienam oder suam, Remission, Eidesdelation, ja selbst durch Annahme von Zahlung consumirt er ipso iure seine Actionen nicht[2461]). Er kann also, ohne daß er einer Restitution bedarf, die alte Klage nochmals erheben, und nur, wenn er aus dem Geschäfte wirklich bereichert ist, steht ihm eine exceptio doli entgegen[2462]).

bb) Bei Minderjährigen. Inwieweit puberes vor Erreichung der gemeinrechtlichen Volljährigkeit von 25 Jahren selbstständig handeln können oder an den Consens eines Curators gebunden sind, ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes auseinandergesetzt worden, worauf daher zu verweisen ist[2463]).

b) Heutiges Recht.

Es ist bereits früher in diesem Artikel von der Begründung der Altersvormundschaft nach heutigem Rechte gehandelt worden (s. besond. Theil Abschn. II. Abth. 1. B. vgl. mit Abschn. I. Abth. 2., Abth. 2. 3. 4. 5.). Es ist nur noch die sehr bestrittene Frage zu erörtern, ob der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen dem Tutor eines impubes und dem Curator eines pubes minor XXV annis macht, auch in Teutschland Anwendung finde. Manche leugnen dies und behaupten, daß das Verhältniß des Vormundes zu seinem Pflegebefohlenen während der ganzen Dauer der Vormundschaft unverändert dasselbe bleibe[2464]). Andere

2458) L. 13. §. 2. D. 6. 2. L. 27. D. 18. 1. Vat. Fragm. §. 1.

2459) L. 9. §. 1. D. 26. 8. L. 1. § 24. D. 40. 2. L. 11. D. 40. 5. Nov. 119. cap. 2.

2460) Gai. II. 82. §. 2. Inst. II. 8. L. 9. pr. §. 2. D. 26. 8. L. 14. §. 8. D. 46. 3. L. 29. 41. D. 12. 6. L. 3. §. 2. D 14. 6.

2461) L. 9. pr. L. 20. §. 1. D. 46. 2. — L. 15. 66. D. 46. 3. — L. 3. 6. D. 27. 6. L. 15. D. 26. 8. — Vat. Fragm. §. 326. — L. 7. pr. D. 20. 6. L. 28. pr. D. 2. 14. — L. 2. C. V. 59. — L. 1. §. 1. D. 44. 5. L. 17. §. 1. L. 32 D. 12. 2. — Cic. Top. cap. 11. Gai. II. 84. L. 15. D. 46. 3. L. 17. §. 3. D. 22. 1. §. 2. Inst. II. 8.

2462) Gai. II. 84.

2463) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 213—216.

2464) Vertheidiger dieser Ansicht führt an Kraut Bd. 2, S. 97, N. 2, welcher selbst dieser Ansicht ist. Hinzuzufügen sind Beseler, Syst. d. teutschen Privatrecht §. 146, Th. 2, S. 469. Gerber, teutsches Privatrecht §. 214. Renaud, teutsches Privatrecht §. 227. Heimbach iun. im Artikel Cura Bd. III, S. 217 flg. Walter, teutsches Privatrecht §. 162. Sintenis, prakt. gem. Civilr. §. 145.

hingegen finden den Unterschied zwischen dem heutigen und dem römischen Rechte blos darin, daß, während nach dem letzteren es von der Willkür des zur Pubertät gelangten Minderjährigen abhänge, ob er einen beständigen Curator haben wolle oder nicht, in Teutschland nach der Vorschrift der Reichspolizeiordnungen jeder bis zu seiner Volljährigkeit einen Vormund haben müsse[2465]), im übrigen aber das Rechtsverhältniß des Vormundes zu seinem Mündel, so lange dieser noch nicht den Termin der römischen Pubertät erreicht habe, nach den Grundsätzen von der Tutel, und von da an bis zur Volljährigkeit des Mündels nach den Grundsätzen von der Cura zu beurtheilen sei[2466]). Die letztere Ansicht beruht im wesentlichen darauf, daß, weil das römische Recht die gemeinrechtliche Regel für das heutige Vormundschaftswesen bilde, eine Abweichung von demselben nicht anders angenommen werden könne, als wenn sie klar ausgesprochen sei, und daß ein solcher klarer Ausspruch hinsichtlich des hier fraglichen Punktes in den Reichspolizeiordnungen nicht gefunden werden könne. Für die Richtigkeit derselben spricht auch scheinbar, daß schon von der Zeit an, wo das römische Recht zuerst in Teutschland bekannt wurde, häufig nicht blos in Particularrechten, sondern auch in den Reichsgesetzen zwischen Tutoren von impuberes und Curatoren von Minderjährigen unterschieden wird, wenngleich die ersteren in dem Termine, mit welchem die Tutel aufhören und die Curatel anfangen soll, nicht immer mit dem römischen Rechte übereinstimmen[2467]). Allein aus einer solchen Unterscheidung in den Ausdrücken

2465) Reichspolizeiordn. v. 1548 Tit. 31, §. 1, v. 1577 Tit. 32, §. 1.

2466) Vertheidiger dieser Ansicht führt an Kraut Bd. 2, S. 97, N. 3. Hinzuzufügen ist Phillips, teutsches Privatr. §. 155, Anderer zu geschweigen.

2467) Der älteste Beleg hierzu findet sich in dem Art. 205 des ältesten Lüb. Rechtes in teutscher Sprache v. 1240 (abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 152), indem hier unter Besorgern, wie sich aus dem römischen Termine von 25 Jahren ergiebt, offenbar die römischen Curatoren, unter Vormündern hingegen die Tutoren verstanden werden. In demselben Sinne wird unterschieden zwischen Vormündern und Rukern (über diesen Ausdruck s. Kraut Bd. 1, S. 9, N. 99) in dem Clev. Stadtr. v. 1350 Tit. 55. Auf gleiche Weise unterscheidet die Reformation des bayer. Landr. Tit. 51, §. 4 zwischen Vormündern und Treuträgern, die tyroler Landesordn. v. 1532 B. 3, Cap. 52 zwischen Gerhaben und Anweisern. Letzteren Ausdruck braucht auch die henneberg. Landesordn. v. 1539 B. 3, Tit. 6, Cap. 10, §. 1 von Curatoren aller Arten, auch derer der über 16 Jahre, aber noch nicht 24 Jahre alten Personen. Ebenso unterscheiden die Reichspolizeiordnungen a. a. O. zwischen Vormündern und Vorstehern. Endlich kommen auch die römischen Ausdrücke Tutoren und Curatoren, tutela und curatio selbst in sehr vielen Particularrechten mit Rücksicht auf die verschiedenen Altersstufen des Mündels vor; z. B. Frankf. Reform. VII, 7, §. 1. Worms. Reform. v. 1497 IV, 4, 15. Hamburg. Stat. III, 6, 21. Mainz. Landr. Tit. 5, §. 13. Auch die älteren sächsischen Vormundschaftsordnungen (Goth. Landesordn. v. 1666 P. III. Nr. 3, §. 7. Altenb. Landesordn. v. 1742 P. III. Nr. 13, S. 636) unterscheiden noch zwischen impuberes und minores, wollen aber landüblichem Herkommen gemäß die den ersteren bestellten Vormünder nicht leicht vor dem 21. Jahre der Pflegebefohlenen ihrer Pflicht entlassen, auch den minoribus nach Absterben ihres Vaters Pfleger wie Vormünder gesetzt wissen.

folgt noch nicht mit Nothwendigkeit, daß dieser Unterschied auch der Sache nach in Teutschland anerkannt sei. Worin der Unterschied zwischen dem tutor eines impubes und dem curator eines minor bei den Römern besteht, ist bereits früher auseinandergesetzt worden. Von dem Unterschiede der auctoritas von dem consensus in der äußeren Form wird später noch ausführlicher gehandelt werden; vor der Hand genügt die Bemerkung, daß der Tutor bei der Handlung des Pupillen gegenwärtig sein, seine Zustimmung (auctoritas) auf der Stelle mündlich und ohne Beifügung von Bedingungen oder Zeitbestimmungen ertheilen muß, während der Consens des Curators in jeder beliebigen Form, vor, bei oder nach der Handlung des Pfleglinges, ebensogut schriftlich wie mündlich und nicht unbedingt, sondern auch bedingt erklärt werden kann. Was die Gründe anlangt, aus welchen bei dem Tutor die auctoritas erforderlich ist, bei dem Curator hingegen schon dessen consensus genügt, so hängen sie theils mit dem Unterschiede zusammen, welchen das römische Recht in Bezug auf Handlungsfähigkeit zwischen einem impubes und einem pubes minor XXV annis macht, theils beruhen sie auf dessen Grundsätzen der Repräsentation durch freie Stellvertreter. Der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen beiden in Bezug auf Handlungsfähigkeit macht, ist theils kurz vorher unter a. aa., theils in dem Artikel Cura auseinandergesetzt worden. Aus der Handlungsunfähigkeit des impubes allein würde sich die Nothwendigkeit der auctoritas tutoris noch nicht erklären lassen, da es scheinen könnte, als brauche der Pupill solche Handlungen, zu welchen er juristisch unfähig ist, gar nicht in eigener Person vorzunehmen, sondern als könne der Tutor für ihn handeln. Dies ist aber nach dem römischen Rechte nicht möglich wegen seines Princips der Unzulässigkeit einer Repräsentation durch freie Stellvertreter, welches sich noch im Justinianeischen Rechte, wenngleich sehr modificirt, erhalten hat (vgl. den Artikel Vertrag). Denn hieraus folgt, daß die Rechtsgeschäfte, bei welchen keine freie Stellvertretung möglich war, bei dem Pupillen entweder ganz hätten unterbleiben müssen oder er zwar selbst handeln, seine Handlungsunfähigkeit aber durch die auctoritas des Tutors ergänzt werden mußte. Die Beantwortung der Frage, ob auch in Teutschland der römische Unterschied zwischen dem tutor eines impubes und dem curator eines minor vorkomme, hängt daher von der Beantwortung der anderen ab, ob die Gründe, auf welchen dieser Unterschied beruht, hier ebenfalls vorhanden sind, also die Verschiedenheit in Bezug auf die Handlungsfähigkeit zwischen einem pubes und impubes, und das Princip der Unzulässigkeit der Repräsentation durch freie Stellvertreter. Was den ersten Punkt anlangt, so können wir nur die Meinung als die richtige erkennen, daß in Bezug auf Alles, was die Vormundschaft angeht, die puberes vor erlangter Volljährigkeit in Teutschland ebenso handlungsunfähig sind, wie die impuberes nach dem römischen Rechte. Zur Begründung dieses Satzes ist davon auszugehen, daß nach den Reichspolizeiordnungen Jeder bis

zu seiner Großjährigkeit einen Vormund haben muß. Es wäre zwar denkbar, daß damit nur gesagt sein solle, daß, während auch nach dem neueren römischen Rechte es noch immer in dem Belieben des pubes stand, ob er sich bis zu seiner maior aetas unter Vormundschaft stellen wollte, diese in Teutschland schon dem Rechte nach eintreten, im übrigen aber das Verhältniß des minor sowohl zu seinem nothwendigen Vormunde, als auch sonst, ganz dasselbe, wie nach dem römischen Rechte das zu dem gewählten bleiben, und also der Mündel während der Dauer der Vormundschaft den Grundsätzen des römischen Rechtes gemäß seine Fähigkeit zu juristischen Geschäften verändern solle. Gegen diese Auslegung macht aber Kraut mit vollem Rechte geltend, daß man dabei die Reichspolizeiordnungen ganz getrennt für sich, ohne Rücksicht auf die übrige Rechtsentwickelung in Teutschland auffassen würde. Nach dem früher Bemerkten (vgl. besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. A. AA. Nr. 3. 4.) zeigte sich nämlich schon im Mittelalter das Bestreben, die bis dahin im teutschen Rechte bestehenden Termine der Mündigkeit zu verlassen und den Eintritt der letzteren weiter hinauszuschieben. Dabei behielt aber die Unmündigkeit an und für sich ihre bisherige Bedeutung. Sowie daher bei der kürzeren Dauer der Mündigkeit früher der Grundsatz galt, daß jeder alles während derselben auf eine für ihn nachtheilige Weise Vorgenommene nach erlangter Mündigkeit beliebig widerrufen könne, und man später annahm, daß der Mündel nur das von ihm ohne Einwilligung des Vormundes für sich allein Vorgenommene nach erreichter Mündigkeit widerrufen dürfe (vgl. besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. B. AA. Nr. 2.), so blieb dasselbe, auch nachdem der Mündigkeitstermin weiter hinausgeschoben war, für die ganze Dauer der Unmündigkeit Rechtens [2468]). Ein Beleg dafür liegt auch darin, daß die älteren Juristen bis zu Cujacius herab, der zuerst eine andere Meinung aufstellte, einstimmig im römischen Rechte den Grundsatz zu finden glaubten, daß ein noch minderjähriger pubes, welcher einen beständigen Curator habe, sich ebensowenig ohne Einwilligung desselben verpflichten könne, wie der impubes [2469]). Sie leiteten zwar diesen Grundsatz zunächst aus der L. 3. C. de in int. rest. min. ab, kommen aber wohl, wie Kraut meint, auch deshalb nicht auf eine andere Auslegung dieser Stelle, weil sie ihn überall in der Praxis bestätigt fanden. Die angeführte Vorschrift der Reichspolizeiordnungen bildet in der That nur

---

2468) Vgl. die bei Kraut Bd. 1, S. 149 abgedruckte Stelle der Const. de tutoribus der Stadt Höxter v. 1376 und Saarbrück. Landr. v. 1321 Cap. 6, §. 7 abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 25, N. 1.

2469) Die älteren Juristen sind nämlich alle in dem Satze einverstanden: Adultus curatorem habens similis est pupillo in dispositionibus inter vivos, quia sicut pupillus non obligatur. So Albericus de Rosate, Bartolus, Baldus, Paulus Castrensis, Sichardus, sämmtlich zu L. 3. C. de in int. restit. min.; ferner Alciatus, Zasius und Duarenus zu L. 101. D. de verb. oblig. Eine andere Meinung stellte auf Cujacius zu L. 101. D. cit. und Observ. Lib. XIX. cap. 33.

den Schlußstein dieser Rechtsentwickelung. Obwohl wir über die Veranlassung dieser Vorschrift nichts Näheres wissen, so kann sie doch wohl keine andere gewesen sein, als weil man erstens dem Bestreben der damaligen Juristen, den römischen Grundsatz, daß ein pubes wider seinen Willen nicht unter Vormundschaft zu stehen brauche, auch in Teutschland zur Geltung zu bringen, Grenzen setzen wollte, da hierin ein Rückschritt in der Rechtsentwickelung gelegen haben würde, und weil man zweitens, da der Termin des Eintrittes der Volljährigkeit bei den Abweichungen der Particularrechte in diesem Punkte durch das Eindringen des römischen Rechtes und durch die von den Juristen aufgestellten, von einander sehr abweichenden Theorien über die Dauer der Vormundschaft nach demselben an manchen Orten sehr ungewiß geworden war, eine feste Bestimmung darüber für nothwendig achtete, und bei dem Bestreben, den Eintritt der Mündigkeit weiter hinaus zu schieben, bei der damaligen Sachlage die Wahl des römischen maior aetas dafür am natürlichsten schien. Es wurde also in den Reichspolizeiordnungen gewiß nicht blos die Erstreckung der Vormundschaft bis zum 25. Jahre beabsichtigt, sondern die Absicht war auch die, daß die jungen Leute während der ganzen Zeit, wo sie dieses Alter noch nicht erlangt hätten, in Allem, was die Vormundschaft angeht, auf gleiche Weise behandelt werden sollten. Da nun auch zu der Zeit der Erlassung dieser Gesetze die Juristen allgemein annahmen, daß nach römischem Rechte ein pubes minor XXV annis, welcher einen beständigen Vormund habe, sich ebensowenig ohne dessen Zustimmung giltig verpflichten könne, wie der impubes, so konnte es in der That den Verfassern der Reichspolizeiordnungen gar nicht einfallen, zu glauben, daß die von ihnen getroffene Bestimmung, daß jeder bis zum 25. Jahre einen Vormund haben müsse, anders verstanden werden könne, als daß er auch insoweit einem impubes gleich behandelt werden solle. Wenn man aber auch für die richtige Ansicht über die Bedeutung des römischen Rechtes die hält, welche behauptet, daß puberes minores XXV annis, welche unter beständiger Curatel stehen, ebenso giltig contrahiren können, wie die Großjährigen, aber nur die von ihnen contrahirte Verpflichtung während ihrer Minderjährigkeit nicht durch einen Act der Veräußerung realisirt werden könne, so ist doch im Geiste des römischen Rechtes für Teutschland die vorliegende Frage ganz auf die angegebene Weise zu entscheiden, weil durch diesen Grundsatz offenbar schlecht für die Minderjährigen gesorgt ist. Daß aber dennoch das römische Recht ihn beibehielt, erklärt sich daraus, daß er damit zusammenhängt, daß die beständige Curatel bei den Minderjährigen fortwährend bei den Römern von dem Belieben der letzteren abhängig blieb, und durch eine solche Privatwillkür wohl die Veräußerung eines gewissen Vermögens erschwert, nicht aber die dem ius publicum angehörige Handlungsfähigkeit einer Person selbst aufgehoben werden konnte. Verlangt nun aber ein Gesetz (wie die Reichspolizeiordnungen es thun), daß die Minderjährigen stets einen

Vormund haben, so ändert sich dies offenbar, indem es damit erklärt, daß es einem minderjährigen pubes noch nicht so viel Vernunft zutraue, um ihn sich allein überlassen zu können, was doch gleich ist mit: ihn für handlungsunfähig erklären. Ein Gesetz, welches dem Minderjährigen noch fortwährend die Fähigkeit, sich zu verpflichten, gestattete und ihm auf diese Weise, da die Gläubiger doch nach erreichter Volljährigkeit desselben Hoffnung auf Befriedigung haben, Credit verschaffte, wäre auch nur eine halbe Maßregel. Zwar ist gegen diese Auffassung der Einwand möglich, daß die Reichspolizeiordnungen selbst zwischen Pupillen und minderjährigen Kindern unterschieden. Allein sie enthalten keine Spur von verschiedenen Rechten, welche mit diesem Unterschiede verknüpft sein sollen, und es läßt sich diese Ausdrucksweise mithin aus einem bedeutungslosen Anschließen an den gewöhnlichen Sprachgebrauch erklären, und ferner besteht auch heutzutage unleugbar in Beziehungen, welche nicht die Vormundschaft betreffen, noch immer ein Unterschied zwischen impuberes und anderen Minderjährigen. Endlich fällt für diese Auffassungsweise noch der Umstand ins Gewicht, daß auch in anderen Ländern, wo dem teutschen verwandte Rechte gelten, in Beziehung auf die Vormundschaft kein Unterschied zwischen einem minor und einem impubes gemacht, also die cura minorum nicht von der tutela impuberum unterschieden wird[2470]. Demnach ist es keine Abweichung von den in Teutschland als gemeinrechtlich zu betrachtenden Grundsätzen, sondern vielmehr eine Anerkennung derselben, wenn schon sehr viele ältere Particularrechte und selbst solche, welche ganz unter dem Einflusse des römischen Rechtes abgefaßt sind, in dieser Beziehung den minor dem impubes ganz gleichstellen[2471], und die neuesten Gesetzgebungen dies ohne Ausnahme thun[2472]. — Wenn auch in Bezug auf alle Verträge, welche nicht blos die Person der Minderjährigen betreffen, sehr viele Juristen im Resultate mit der hier verfochtenen Ansicht einverstanden sind, sie mögen über die Auslegung des römischen Rechtes die eine oder die andere Meinung haben[2473], so wird doch von manchen Vertheidigern dieser Meinung die Giltigkeit der blos die Person der Minderjährigen betreffenden Verträge auch, wenn der Vormund nicht eingewilligt habe, behauptet[2474]. Als solche Verträge sehen sie an: die

2470) Z. B. in Holland: s. Vinnius, Comm. ad pr. Inst. de curat. nr. 3.

2471) Z. B. fränk. Landgerichtsordn. III, Tit. 2, §. 5. Tit. 20. Hohenloh. Landr. II, 3, §. 8. Frankfurt. Reform. II, 1, §. 2. Revid. Lüb. Recht I, 7, 6.

2472) Z. B. preuß. Landr. I, 5, §. 14. Oesterreich. Gesetzb. §. 244. Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 33. Hannov. Declarat.-Verordn. v. 29. Oct. 1822 §. 4. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 58. Auch das Recht der Länder sächsischen Rechtes stimmt damit überein; vgl. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 133. Heimbach, sächs. Privatr. §. 153.

2473) Höpfner, Comm. zu den Instit. §. 227. Weber, von der natürl. Verbindlichkeit §. 73. Glück, Erl. der Pand. Bd. 4, S. 83 flg. Bd. 30, S. 63 flg. u. A.

2474) Höpfner a. a. O. §. 230. Glück a. a. O. Bd. 4, S. 84 flg.

Eingehung einer Ehe, die Abschließung eines Verlöbnisses, die Vermiethung der Dienste, die Uebernahme eines Auftrages u. s. f. Sie stützen diese Behauptung auf den Satz: curator primario datur rei, non personae. Allein, wenn man auch davon absieht, daß dieser Satz in der Bedeutung, in welcher ihn viele Neuere nehmen, überhaupt nicht vorkommt, und daß aus den erwähnten Handlungen auch Verpflichtungen in Bezug auf das Vermögen, wenigstens unter Umständen, entstehen, so kommen diejenigen, welche ihre Behauptung, daß Minderjährige sich hinsichtlich ihres Vermögens nicht ohne Zustimmung ihres Vormundes verpflichten können, nicht schon aus dem römischen Rechte herleiten, mit sich selbst in Widerspruch. Denn stützt man sie nicht hierauf, so kann sie nur darauf beruhen, daß die minderjährigen puberes in Teutschland in Ansehung ihrer Handlungsfähigkeit dem impuberes gleichgestellt werden, und ein Pupill sich überhaupt nicht durch Verträge, welche er ohne Zustimmung seines Vormundes eingeht, auch wenn sie sich blos auf seine Person beziehen, verbindlich machen kann. Es verwerfen aber auch die Reichspolizeiordnungen[2475]) den Satz: curator primario rei datur in der von den Neueren ihm beigelegten Bedeutung indirect dadurch, daß sie fordern, jeglicher Vormund solle schwören, daß er „seinen Pflegekindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren" wolle; und es ist unrichtig, wenn Manche[2476]) die Behauptung aufstellen, es gehe aus dem Zusammenhange dieser Stelle mit dem vorhergehenden Paragraph hervor, daß hier nur von eigentlichen tutores die Rede sei, während sie sonst nicht anstehen, die in diesem Paragraph enthaltenen Worte: „ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testamentsweiß verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben" auf alle Altersvormünder überhaupt zu beziehen. Man kann daher nur denjenigen beipflichten, welche die Giltigkeit der von einem minderjährigen pubes abzuschließenden Verträge, welche zunächst seine Person betreffen, nach heutigem Rechte von der Einwilligung seines Vormundes ebenso abhängig machen, als die der auf sein Vermögen sich beziehenden Verträge[2477]). Es ist daher nicht blos particularrechtlich, wenn in den meisten teutschen Ländern ausdrücklich bestimmt ist, daß ein Minderjähriger nicht ohne Einwilligung seines Vormundes soll eine Ehe eingehen oder sich verloben dürfen[2478]), vielmehr ist dies mit Kraut für

---

2475) Reichspolizeiordn. v. 1548 Tit. 31, §. 3, v. 1577 Tit. 32, §. 3.

2476) Glück, Erl. der Pand. Bd. 4, S. 86, N. 20.

2477) Kraut Bd. 2, S. 110 und die von demselben in Note 22 daselbst angeführten Schriftsteller.

2478) Eine große Zahl solcher Länder führt an Jenichen, Observationes de necessario tutorum seu curatorum in sponsalibus minorum consensu (im Anhange zu Leyser, Medit. ad Pand. Vol. XI.) cap. 1. Hoffmann, Handb. des teutschen Eherechtes S. 30 flg. Lüb. Vorm.=O. v. 1820 §. 29. Brem. Vorm.=O. v. 1826 §. 45. Hamburg. Vorm.=O. v. 1831 Art. 58. Auch das Particular=

gemeinrechtlich zu halten. Ueberhaupt kann man in jenen Vorschriften nur eine Beibehaltung des älteren teutschen Rechtes erblicken, welches zur Eingehung der Ehe immer Einwilligung des Vormundes verlangte. Auch ist es sehr inconsequent, den Minderjährigen bei jedem noch so unbedeutenden Vertrage an die Einwilligung seines Vormundes zu binden, nicht aber bei einem Geschäfte, wo sein ganzes Lebensglück in Frage steht. — Ist nun gleich nach dem Bisherigen in Bezug auf Alles, was die Vormundschaft angeht, eine gleiche Handlungsunfähigkeit der puberes vor erlangter Volljährigkeit in Teutschland anzunehmen, wie nach dem römischen Rechte bei den impuberes, und sind also die Grundsätze des letzteren rücksichtlich der puberes hier nicht anwendbar, so ist doch in allen anderen Beziehungen die Handlungsfähigkeit der puberes nach dem römischen Rechte zu beurtheilen. Es kommt also die römische pubertas heutzutage noch soweit in Betracht, als mit ihr die Fähigkeit eintritt, ein Testament zu errichten, eine Ehe einzugehen, und den Grundsätzen des kanonischen Rechtes gemäß auch einen Eid zu leisten. Dies Alles hat aber mit Vormundschaft nichts zu thun, sondern ist eine besondere Wirkung der Pubertät für sich, wie daraus deutlich hervorgeht, daß ein impubes auch nicht unter Auctorität seines Vormundes testiren, eine Ehe eingehen oder einen Eid leisten kann, und dagegen ein pubes minor XXV annis auch gegen die mit Einwilligung seines Vormundes vorgenommenen Handlungen restituirt werden kann. Ebenso steht es im wesentlichen mit der infantia. Auch hinsichtlich dieser Altersstufe, soweit sie bei der Vormundschaft in Betracht kommt, kann die römische Lehre von ihr nicht für praktisch gehalten werden, weil sich dieselbe hauptsächlich auf die tutoris auctoritas bezieht, welche in Teutschland keine Anwendung findet[2479]). Wenn dagegen es auch jetzt noch als Regel gilt, daß ein Kind von sieben Jahren an theils ein Verlöbniß, jedoch mit Widerruflichkeit schließen, theils einen Gewinn bringende Handlungen vornehmen kann[2480]), so hat beides aber nichts mit der Vormundschaft zu thun. — Ist in allen die Vormundschaft betreffenden Beziehungen hinsichtlich der Handlungsunfähigkeit in Teutschland kein Unterschied zwischen einem minor und einem impubes, so folgt daraus, daß der Unterschied zwischen einem tutor und curator, da er mit jenem wesentlich zusammenhängt, hier nicht vorkommen kann. Dies sprechen auch viele Particularrechte aus älterer und neuerer Zeit ausdrücklich aus[2481]), und die neueren Gesetzgebungen erkennen es entweder aus-

recht der sächsischen Länder, mit Ausnahme des Königreiches Sachsen, verlangt die Einwilligung des Vormundes zu Verlobungen der Minderjährigen; siehe Heimbach, sächs. Privatr. §. 80. Die kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 13, §. 1 ist eins der wenigen Gesetze, welche eine solche Einwilligung nicht fordern.

2479) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 3, S. 81. Kraut Bd. 2, S. 111 flg.

2480) Savigny a. a. O. S. 82. Ersteres ist aber doch gewiß ein höchst selten vorkommender Fall.

2481) Fränk. Landgerichtsordn. III, 2, §. 5. Hohenloh. Landr. II, 1, §. 3.

drücklich oder stillschweigend dadurch an, daß sie bei ihren Bestimmungen über die Altersvormundschaft gar nicht zwischen verschiedenen Klassen der Vormünder unterscheiden[2482]). Selbst die späteren Rechtsquellen, welche sich sonst ganz eng an das römische Recht anschließen und den Worten nach den römischen Unterschied zwischen tutor und curator beibehalten haben, geben dies dadurch zu, daß sie sagen, es sei „ein geringer Unterschied" zwischen Tutoren und Curatoren in Teutschland[2483]); denn in der Anwendung ist gar kein Unterschied. — Eine andere Frage ist es aber, ob der Altersvormund in Teutschland während der ganzen Dauer der Vormundschaft dem römischen tutor oder curator gleichzustellen sei. Bei der gleichen Handlungsunfähigkeit der minderjährigen puberes in Teutschland in allen die Vormundschaft betreffenden Angelegenheiten, wie solche die impuberes nach dem römischen Rechte haben, scheint, als könne hier der Mündel während der ganzen Dauer der Vormundschaft keine Handlung, die ihm möglicher Weise nachtheilig sein könnte, ohne Auctorität seines Vormundes unternehmen, und als stehe also der teutsche Altersvormund während der ganzen Dauer der Vormundschaft einem römischen tutor gleich. Wollte man dies aber so verstehen, daß der Altersvormund seine Einwilligung zu den Geschäften des Mündels nothwendig in der Form der auctoritas ertheilen müßte, so würde dies unrichtig sein. Denn unsere Juristen haben von jeher die Ansicht gehabt, daß die auctoritas des Vormundes in Teutschland nicht, wie bei den Römern, nothwendig bei dem Abschlusse des Geschäftes selbst ertheilt werden müsse, sondern daß sie auch von dem abwesenden Vormunde und hinterher ertheilt werden könne[2484]), mit anderen Worten, daß zwischen der Ertheilung der auctoritas und der des bloßen consensus bei uns der Form nach kein Unterschied sei. Damit stimmt auch der Rechtsgebrauch ganz überein. In dieser Beziehung steht also der teutsche Altersvormund während der ganzen Dauer der Vormundschaft dem römischen curator völlig gleich. Ueberhaupt kann aber von der Nothwendigkeit der Ertheilung einer auctoritas oder auch eines bloßen consensus in Teutschland gar nicht in der Art die Rede sein, wie bei den Römern, weil der andere Grundsatz, worauf dieselbe bei ihnen beruhte, nämlich die Unzulässigkeit einer Repräsentation durch freie Stellvertreter, bei uns nicht mit aufgenommen worden ist, was die älteren Juristen gewöhnlich so ausdrücken: wir haben keinen actus legitimi mehr, bei denen keine freie Stellvertretung zulässig wäre. Daher können alle die-

---

Cod. Maxim. bavar. I. 7. §. 36. nr. 2. Kgl. sächs. Vorm.-O. v. 1782 Cap. 3, §. 1. Altenb. Vorm.-O. §. 15. N. Beil. z. Goth. Landesordn. Th. 1, S. 51.

2482) Dies gilt z. B. vom preuß. Landrechte, dem österreich. Gesetzbuche, der Rudolst. Vorm.-O. v. 1818, der Lüb. Vorm.-O. v. 1820, der Brem. Vorm.-O. v. 1826 und der Hamb. Vorm.-O. v. 1831.

2483) Z. B. solms. Landr. Tit. 21, §. 29. Frankf. Reform. VII, 8, §. 7 und Orth, Anm. dazu Bd. 1, S. 14 flg. und Forts. 3, S. 324 flg.

2484) Zahlreiche Schriftsteller, namentlich Praktiker, führt dafür an Kraut Bd. 2, S. 114, N. 31.

jenigen Geschäfte, bei welchen auch noch nach dem Justinianeischen Rechte erfordert wird, daß der Pupill selbst handele, in Teutschland durch den Vormund allein in dessen Namen vorgenommen werden, so daß der Pupill durch die Handlungen des Vormundes sowohl Rechte erlangen als direct verpflichtet werden kann. Auf gleiche Weise verhält es sich mit den Minderjährigen. Ueberhaupt ist es im heutigen Rechte Regel, daß der Mündel nicht selbst handelt, sondern statt seiner der Vormund. Hiernach kann auch ohne Zweifel der Vormund eine dem Mündel angefallene Erbschaft in dessen Namen, ohne ihn hinzuzuziehen, giltig antreten, gleichviel auf welcher Altersstufe der Mündel steht. Dies bestimmen auch mehrere Particularrechte ausdrücklich [2485]). Unverkennbar ist es aber zweckmäßig, daß der Vormund den Mündel, wenn derselbe schon eine gewisse Reife des Urtheils erlangt hat, zu den wichtigeren Geschäften zuziehe, theils zur Vernehmung der Ansicht desselben über die Sache, welche natürlich aber den Vormund nicht bindet, weil derselbe dadurch von der Verantwortlichkeit dafür nicht befreit werden kann, theils aber auch, um den Mündel dadurch zur vollen Selbstständigkeit zu erziehen und ihm Gelegenheit zu verschaffen, an der Wahrung seiner Interessen wenigstens mittelbaren Antheil zu nehmen. Daher verpflichten auch einige Gesetze den Vormund ausdrücklich, den Mündel nach Erreichung eines gewissen Alters von erheblichen Vorgängen in Kenntniß zu setzen und dessen Meinung darüber zu hören [2486]). — Hiernach ist der teutsche Altersvormund weder dem tutor, noch dem römischen curator minoris völlig gleichzustellen. Vielmehr steht er in Ansehung des Umfanges seiner Geschäftsführung dem ersteren, in Bezug auf die Form derselben aber dem letzteren gleich, ist aber von beiden dadurch verschieden, daß er seinen Mündel in Fällen vertreten kann, wo bei den Römern weder der eine noch der andere dazu fähig war. Bei der völligen Gleichstellung der cura minorum mit der Tutel in Teutschland ist es auch unrichtig, wenn Manche, welche einräumen, daß jeder minor bei uns unter Vormundschaft stehen müsse, doch die Anwendbarkeit des römischen Grundsatzes, daß dem minor nicht wider seinen Willen ein Curator gegeben werden dürfe, bei Bestellung des Vormundes für einen minor noch insoweit behaupten, daß dieser sich regelmäßig den Vormund zu wählen habe und ihm jedenfalls eine ihm nicht genehme Person nicht als Vormund bestellt werden dürfe [2487]). — Endlich zeigt sich das Nicht-

2485) Z. B. Frankfurt. Reform. VI, 1, §. 6. Nassau-Katzenellenbog. Landr. III, 11, §. 5. Preuß. Landr. Th. I, Tit. 9, §. 390. Oesterreich. Gesetzb. §. 233, 805. Weim. Ges. v. 6. April 1833 §. 116, 142. Altenb. Ges. v. 6. April 1841 §. 124, 148. Goth. Ges. v. 2. Jan. 1844 §. 96. Reuß.-Greiz. Ges. v. 22. Jan. 1841 §. 113, 140. Reuß j. L. Ges. v. 10. Decbr. 1853 §. 126, 152.

2486) Hohenloh. Landr. II, 3, §. 8. Preuß. Landr. II, 18, §. 244, 245. Zürich. Vorm.-O. v. 1841 §. 24. Das preuß. Landrecht bestimmt hierfür ein Alter von 18 Jahren, die Zürich. Vorm.-O. das Alter der Confirmation und die diesem Alter angemessene Fähigkeit.

2487) Vertheidiger dieser Ansicht sind Wernher, Observ. P. I. obs. 199.

vorkommen des römischen Unterschiedes zwischen Tutel und cura minorum in Teutschland auch dann von Einfluß, wenn einem bereits bevormundeten Unmündigen neben seinem Vormunde noch ein anderer bestellt wird. Das römische Recht hat hier die Regel, daß demjenigen, welcher einen Tutor hat, kein neuer Tutor zugeordnet werden kann, sondern nur ein Curator[2488]). Der letztere kann aber, weil er nur Curator ist, keine auctoritas interponiren und daher durch seinen consensus diejenigen Geschäfte des Pupillen nicht giltig machen, welche zu ihrer Giltigkeit der auctoritas eines Tutors bedürfen[2489]). Da nun aber heutzutage jeder Unterschied zwischen auctoritas und consensus wegfällt, so ist auch jener Grundsatz jetzt nicht mehr anwendbar, und der neue Vormund, welcher dem Pfleglinge wegen einer Verhinderung des eigentlichen Vormundes beigeordnet wird, ist für die Dauer seiner Geschäftsführung diesem ganz gleichzustellen.

C. Erfordernisse der Einwilligung:

1) In Ansehung des Vormundes[2490]). Hinsichtlich desselben enthält das römische Recht folgende Grundsätze: 1) der Einwilligende muß der echte, wahre Vormund (verus tutor) dieses Pflegebefohlenen sein. Falsus tutor ist jeder, welcher juristisch nicht Tutor dieses Pfleglinges ist, gleichviel ob er seine Unzuständigkeit kennt oder nicht[2491]). Die auctoritas eines solchen Beistandes gilt juristisch als gar nicht vorhanden, und das Geschäft bleibt so ungiltig, als ob es selbst thatsächlich ohne Tutor eingegangen wäre. Zur Abwendung von Schaden von dem unschuldigen dritten Contrahenten, welcher den Beistand des Pfleglinges für dessen wahren Tutor hält, hat das prätorische Edict diesem zwei Rechtsmittel, eine Restitution und eine Klage wegen dolus gegeben. Die hierher gehörenden beiden Clauseln des Edictes lauten etwa in folgender Weise: a) Quod eo auctore, qui tutor non fuerit, gestum esse dicetur, si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem[2492]). Es ist hier, wie schon der Ausdruck actor zeigt, von einem Processe mit Pupillen oder einem legitimum iudicium mit einer Frau die Rede, welche diese unter auctoritas eines Nichttutors, also juristisch ohne auctoritas geführt haben. Nach strengem Rechte ist der Erfolg des Processes der, daß die Frau oder der Pupill das iudicium juristisch gar nicht angenommen haben, also auch die spätere Condemnation gegen sie keine

---

Berger, Oecon. iur. Lib. I. Tit. 4. th. 7. §. 6. not. 1. Leyser, Med. ad Pand. Spec. 346. med. 2. S. dagegen Kraut Bd. 2, S. 117.

2488) §. 5. Inst. I. 23. L. 27. pr. D. 26. 2. L. 9. C. V. 34.

2489) L. 19. D. 26. 8. L. 17. §. 1. D. 49. 1.

2490) Dig. 26. 6. Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur. Vgl. Neustetel, Unterschied zwischen Protutor und Procurator und falsus tutor, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 1, S. 246 flg. Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 293 flg. Rudorff Bd. 2, S. 292 flg.

2491) L. 221. D. 50. 16. L. 1. §. 1. D. 27. 6. Vat. Fragm. §. 1.

2492) L. 1. §. 1. D. 27. 6.

actio iudicati hervorgebracht hat, während der mündige und volljährige oder doch gehörig mit Beistand versehene Kläger giltig litem contestirt und daher seinerseits seine Klage in iudicium deducirt hat, so daß ihm also weder aus dem jetzigen ihm günstigen Urtheile die actio iudicati zusteht, noch er zum zweiten Male klagen kann, indem durch den jetzigen Rechtsstreit seine Klage direct oder indirect consumirt worden ist. Der Kläger kann sich darüber nicht beschweren, wenn er durch eigene Unvorsichtigkeit oder Rechtsunkunde den Hergang veranlaßt hat, z. B. wenn bei der Litisconteſtation mit dem Pupillen oder der Frau überall kein Tutor zugezogen wurde, oder wenn er wußte, daß die auctorirende Person nicht der wahre Tutor war; außer wenn er ganz besondere Entschuldigungsgründe hat, z. B. wenn er vom Prätor zur Litisconteſtation gezwungen wurde oder selbst Pupill oder minderjährig war[2493]). Wenn er aber aus entschuldbarem Irrthum den Beistand des Pupillen oder der Frau für den wahren Tutor hielt, so restituirt ihn der Prätor, indem er bei directer Consumtion die frühere Klage als actio utilis wiedergiebt, bei indirecter aber die exceptio rei iudicatae versagt[2494]). Ist jedoch neben dem falschen Vormunde ein wahrer zugegen gewesen oder von der Obervormundschaft die Geschäftsführung des falsus tutor, welcher zugleich die Administration führte, genehmigt worden, so ist die Restitution unnöthig[2495]). Analogisch hat man sie indessen auch auf den verus tutor ausgedehnt, dessen auctoritas wegen Wahnsinns u. s. w. nichtig war[2496]). b) In eum, qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur. Dieses iudicium enthält eine Anwendung der Grundsätze des prätorischen Rechtes über dolus auf eine besondere Form desselben, nämlich eine dolose auctoritas. Die Formel war in factum concipirt. Kläger in dieser Klage ist der Gegner des Pfleglinges, Beklagter der wissentliche und dolose Auctor. Gegen diesen selbst findet sie nur ein Jahr statt, gegen dessen Erben gar nicht[2497]). Sind der Beklagten mehrere, so werden die übrigen, da die Klage auf das wirkliche Interesse geht, nicht durch die Auswahl des Einen, sondern erst durch die Leistung, soweit diese reicht, befreit[2498]). Der Kläger hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, daß der Beklagte bei einem bestimmten Rechtsgeschäfte zwischen der Frau oder dem Pupillen, von welchen die Rede ist, auctoritas ertheilt habe, ohne Tutor zu sein[2499]). Ferner ist zu beweisen, daß er dieses mit dem Bewußtsein, er sei der rechte Tutor nicht, könne es vielleicht nicht einmal sein, gethan habe. Endlich ist

2493) L. 5. 6. D. eod.
2494) L. 1. §. 1—3. D. eod.
2495) L. 1. §. 3—5. D. eod.
2496) L. 1. §. 1. 2. D. eod.
2497) L. 9. §. 1. D. eod.
2498) L. 7. §. 4. L. 8. D. eod.
2499) L. 11. §. 2.—4. D. eod.

zu beweisen, daß er auctorirt habe, in der Absicht, den Kläger dadurch zu betrügen und zu beschädigen[2500]. Die Verurtheilung geht auf den wirklichen Betrag des Schadens (rei veritas)[2501], so daß die Summe in verschiedenen Fällen sehr ungleich sein kann[2502]. Diese actio in factum ist auch noch auf folgende analoge Fälle angewendet worden: aa) wenn der Nichttutor zwar nicht selbst auctorirt, aber einen Dritten wissentlich und arglistig zum Auctoriren beredet, so wird gegen den ersteren eine actio in factum gegeben, sobald der eigentliche actor in bona fide war; denn sonst würde die directe actio gegen diesen ausreichen[2503]; bb) auf den in der L. 12. D. 26. 6. enthaltenen Fall; cc) seit der Ausbildung des consensus curatoris muß eine unserer Klage ähnliche in factum actio auch gegen den falsus curator gegeben werden, welcher wissentlich und arglistiger Weise zu einem Geschäfte des Minderjährigen consentirt hat, sowie auch die Restitution in diesem Falle dem Dritten zu gestatten sein dürfte, obschon die Quellen von dieser Ausdehnung nicht ausdrücklich sprechen[2504]. dd) Verheurathet ein Vater seine noch nicht mannbare Tochter zu früh, so findet die vorliegende Klage zwar gegen ihn nicht statt, weil es an der bösen Absicht und am pecuniären Interesse fehlen wird. Leidet aber der Ehemann Schaden dadurch an der dos, die er lucrirt haben würde, wenn die Frau als seine iusta uxor gestorben wäre, so kann er gegen die condictio, womit der Vater das Gegebene zurückfordert, die doli exceptio entgegensetzen, sofern sich demselben ein doloses Verfahren vorwerfen läßt[2505]. 2) Hiernächst muß aber der Vormund, wenigstens um dem Pfleglinge in allen seinen Angelegenheiten rechtlich Beistand leisten zu können, auch ein allgemeiner (tutor s. curator generalis, s. personae datus) sein; ein Specialvormund (tutor s. curator specialis, certae rei vel causae datus) kann nur in der Sache, für welche er bestellt ist, giltig auctoriren oder consentiren[2506]. 3) Sind mehrere generelle Vormünder vorhanden, so ist in Ansehung des Beitrittes zu Rechtsgeschäften in folgender Weise zu unterscheiden: a) ist das officium noch ungetheilt (was bei Geschlechtstutoren immer der Fall ist, da diese keine Administration haben), so wird im älteren römischen Rechte weiter zwischen testamentarischen oder obrigkeitlichen nach vorhergegangener inquisitio bestellten Tutoren auf der einen und zwischen gesetzlichen oder obrigkeitlichen ohne vorhergehende inquisitio ernannten Tutoren auf der anderen Seite unterschieden. Bei jenen genügte die auctoritas eines Einzigen zur Bekräftigung eines

2500) L. 11. §. 1. D. eod.
2501) L. 7. §. 2. D. eod.
2502) Interessante Anwendungen enthalten L. 7. §. 3. L. 10. D. eod. Vgl. über diese Stellen Rudorff Bd. 2, S. 296—299.
2503) L. 9. pr. D. eod.
2504) Neustetel, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 1, S. 251 flg.
2505) L. 11. §. 3. 4. D. eod.
2506) L. 3. C. V. 44.

Geschäftes, bei diesen war dessen Giltigkeit von dem Beitritte Aller abhängig[2507]), weil bei den nächsten Erben die auctoritas den Charakter eines Widerspruchsrechtes gegen die Verletzungen der Successionsrechte jedes Einzelnen annahm[2508]), bei simpliciter doli hingegen durch die Controle der Uebrigen der Mangel der inquisitio unschädlich gemacht werden sollte. In der Justinianeischen Compilation wird die Tutel nicht mehr als ein Recht der nächsten Erben betrachtet; es ist daher consequent der Grundsatz der testamentarischen Tutel, daß die auctoritas Eines der mehreren Tutoren genüge, zur allgemeinen Regel aller Vormundschaften erhoben worden; nur bei Geschäften, welche die Aufhebung der Vormundschaft zur Folge haben, wie bei Arrogationen des Pfleglinges, ist durchgehends die auctoritas oder der consensus sämmtlicher Tutoren oder Curatoren nothwendig[2509]). b) Wird bei der Pupillentutel die Verwaltung der Tutel Einem der mehreren Vormünder ausschließlich übertragen, so geht auch die auctoritas, insoweit sie bloße Form der Administration ist, auf ihn allein über. Die übrigen nicht gerirenden oder Ehrenvormünder haben daher das Recht zur Ertheilung der auctoritas in dieser Beziehung verloren. Es giebt allerdings zwei in dieser Beziehung einander anscheinend widersprechende Stellen[2510]). Allein der anscheinende Widerspruch verschwindet, wenn man die verschiedenen Geschäfte, von welchen in beiden Stellen die Rede ist, berücksichtigt. In der einen ist von einem vom Pupillen geschehenen Verkaufe, in der anderen von der Antretung einer Erbschaft durch den Pupillen die Rede. Einem tutor honorarius ist nämlich die eigentliche administratio rerum und daher auch die Veräußerung der Sachen seines Pfleglinges allerdings entzogen und zu einem Verkaufe kann er daher keine auctoritas ertheilen; im übrigen ist er aber ein wahrer Tutor und seine auctoritas zu Handlungen, welche keinen Eingriff in das dem tutor

2507) Cic. pro Flacco cap. 34. Ulp. XI. 26. L. 5. C. V. 59.
2508) Gai. I. 192. L. 1. D. 26. 4.
2509) L. 5. C. V. 59.
2510) L. 4. D. 26. 8. L. 49. D. 29. 2. In der ersten Stelle wird gesagt, die auctoritas desjenigen unter mehreren Tutoren, welchem die Administration nicht gestattet ist, genüge nicht, namentlich nicht um das Eigenthum zu übertragen, wenn Jemand vom Pupillen mit auctoritas des nicht gerirenden Tutors kaufe, wissentlich, daß ein Anderer der tutor gerens sei; ebenso sei bei einem Kaufe die auctoritas des removirten Tutors ungenügend. In der zweiten Stelle wird die Erbschaftsantretung mit auctoritas des nicht gerirenden Tutors für verbindlich für den Pupillen erklärt. Während Manche, wie Duarenus, Zimmern und Glück einen unauflöslichen Widerspruch zwischen beiden Stellen annehmen (vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 29, S. 188 flg.), suchen Andere sie zu vereinigen, indem sie entweder zwischen tutores honorarii und remoti (Glossa ad L. 4. D. 27. 8. v. Löhr, im Magazin Bd. III, S. 29, N. 2) oder zwischen auctoritas und gestio (Zöpfl, Vergleichung der röm. Tutel und Cura mit der heut. Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige §. 7, 8) oder endlich zwischen Verkauf und Erbschaftsantretung unterscheiden (Cuiacius ad Africanum Tract. IV. ad L. 49. de acquir. vel omitt. hered. in Opp. prior. T. I. p. 1355).

gerens untergebene Vermögen enthalten, z. B. zu Erbschaftsantretungen und Annahme von Zahlungen unbedenklich [2511]). Es kann ja auch der gerichtlich erklärte Verschwender und der Minderjährige Erbschaften giltig antreten [2512]). c) Ist die Tutel nach Bezirken oder Geschäftszweigen vertheilt, so ist zwar die auctoritas des Tutors regelmäßig auf die Angelegenheiten seines Bezirkes oder seines Geschäftszweiges beschränkt; er hat aber, da das ius tutelae unvertheilt geblieben ist, in dem fremden Bezirke oder Geschäftszweige die Rechte eines tutor honorarius [2513]). 4) Wenn dem Tutor aber auch das Recht der Tutel allein zusteht, dasselbe aber wegen Interdiction oder Excusation nicht ausgeübt werden kann, so fällt auch das Recht zur Ertheilung der auctoritas weg [2514]).

2) In Ansehung des Geschäftes. Nächst der subjectiven Berechtigung des die auctoritas ertheilenden Tutors kommen noch folgende objective Erfordernisse in Ansehung des Geschäftes in Betracht: 1) Es ist allgemeiner Grundsatz: nullum negotium inter tutorem et pupillum contrahitur [2515]) oder häufiger: ipse tutor in rem suam auctor fieri non potest [2516]), d. h. das Geschäft, zu welchem der Tutor die auctoritas ertheilte, darf nicht dessen eigenes Geschäft sein. Zu dem eigenen Geschäfte des Tutors wird es aber nicht schon dadurch, daß er davon mittelbar und blos folgeweise rechtliche Vortheile hat [2517]). Daher ist die auctoritas, welche der Tutor dem Pupillen zum Antritte der Erbschaft desjenigen ertheilt, welcher Schuldner des Tutors ist, giltig, obgleich der Pflegling dem Tutor durch diese Antretung verpflichtet wird [2518]). Noch weniger ist es das eigene Geschäft des Tutors, wenn dieser blos als unbetheiligter Dritter, z. B. bei einer legis actio des Pupillen oder der Frau als Magistrat, dabei mitwirkt; seine auctoritas zur Manumission ist daher giltig, obschon er auch die addictio ausspricht [2519]). Vielmehr ist das Geschäft erst dann das eigene des Tutors, wenn dieser selbst in demselben der Gegner oder der andere Contrahent ist [2520]). Ebenso ist das Geschäft res tutoris, bei welchem zwar nicht

---

2511) Wegen letzteren siehe L. 14. §. 1. 2. D. 46. 3.
2512) L. 5. §. 1. D. 29. 2. L. 12. C. VI. 30. L. 8. pr. C. VI. 61.
2513) L. 5. C. V. 59. L. 1. §. 2. D. 27. 6. L. 39. §. 3. D. 26. 7.
2514) L. 14. §. 1. 2. D. 46. 3.
2515) §. 2. Inst. III. 28.
2516) Gai. I. 184. §. 3. Inst. I. 21. L. 1. §. 13. D. 36. 1. Ulp. XI. 24. L. 5. pr. §. 8. L. 7. pr. L. 22. D. 26. 8. L. 1. pr. D. 27. 4.
2517) L. 7. pr. D. 26. 8.
2518) L. 1. pr. D. 26. 8.
2519) L. 1. D. 40. 2.
2520) So würde es eine res tutoris sein, wenn der Tutor eine Sache des Pupillen kaufte (L. 5. §. 2. D. 26. 8.) oder bei dem Testamente der pflegebefohlenen Frau als familiae emtor aufträte, oder sich eine fideicommissarische Erbschaft vom Pupillen restituiren ließe (L. 1. §. 13. D. 36. 1.), oder demselben Geld darleihen oder zahlen oder von ihm leihen (L. 5. pr. D. 26. 8.), oder sich von dem Mündel etwas promittiren lassen (L. 69. D. 46. 1., wo aber wohl statt fide-

der Tutor selbst, aber eine domestica persona, z. B. eine in dessen Gewalt befindliche Person, oder dessen Vater, der noch die Gewalt über ihn hat, als Gegenpartei oder Contrahent dem Pflegebefohlenen gegenübersteht, weil in den ersten Fällen dem Tutor gerade zu erworben wird, in dem letzten zwar nicht ihm selbst, aber doch demselben Vermögen, derselben familia, zu welcher er gehört. Der Tutor kann also auch nicht in rem servi, filii u. s. w. und in rem patris auctor werden[2521]). Der Grund der gedachten Regel: tutor in rem suam auctor fieri non potest, liegt in keiner positiven Vorschrift, wodurch man mögliche Uebervortheilungen oder Unterschleife hätte verhüten wollen; sie ist vielmehr rein formeller und zugleich ganz allgemeiner Natur. Denn der Tutor, welcher in ein Rechtsgeschäft oder eine Klage des Mündels mit ihm oder gegen ihn (den Tutor) selbst einwilligt, schließt das Rechtsgeschäft mit sich selbst ab oder klagt gegen sich selbst. Es kann aber überhaupt Niemand mit sich selbst contrahiren oder sich selbst verklagen. Mithin ist ein Contract oder eine Klage, soweit sie ein solches Geschäft mit sich selbst enthält, nichtig; der Wille des Tutors als Gegners und die auctoritas gehen gegen einander auf und es bleibt blos die alleinige Einwilligung des Mündels übrig, welche ohne vollrechtliche Wirkung ist und nur eine naturalis obligatio oder eine Klage, soweit er bereichert ist, hervorbringt[2522]). Will demnach der Tutor oder Curator ein solches Geschäft mit dem Pflegebefohlenen eingehen, welches auch gegen diesen wirksam werden soll, so muß er dasselbe entweder allein, durch gestio, oder mit einem anderen rechtlichen Vertreter des Pupillen vornehmen. Ersteres kann bei allen Geschäften geschehen, bei welchen die bloße Thatsache des Ueberganges in das Vermögen des Gegners Grund der Obligation und Liberation ist, z. B. Darlehen und Zahlungen[2523]). Ein seiner Natur nach zweiseitiges Geschäft kann aber der Tutor nur mit einem Anderen vollziehen, welcher die Interessen des Pupillen wahrnimmt; dieser Andere ist am natürlichsten zunächst der Mitvormund des contrahirenden oder processirenden Tutors; in Ermangelung desselben oder wenn die auctoritas Eines Tutors nicht hinreicht, ist ein außerordentlicher Specialvormund zu bestellen, der dem früher Bemerkten zufolge bald ein Tutor, bald ein Curator sein kann. 2) Zu diesen gemeinschaftlichen Erfordernissen beider Tutelen und auch der cura minorum[2524]) kommen noch besondere bei der Pupillentutel. Da nämlich bei dieser Tutel die auctoritas zugleich eine der möglichen Formen der Administration des tutor gerens ist, so ist sie zunächst ohne Wirkung

---

iussor ursprünglich sponsor oder fidepromissor, und statt mandati, depensi actionem gestanden hat) oder einen Proceß mit dem Pfleglinge führen und bei allen diesen Geschäften selbst auctor des contrahirenden oder processirenden Mündels werden wollte.

2521) L. 1. pr. L. 7. pr. §. 2. D. 26. 8.

2522) L. 1. pr. L. 5. pr. D. eod.

2523) L. 9. §. 4. 5. 7. D. 26. 7. vgl. mit L. 5. pr. L. 22. D. 26. 8.

2524) Arg. L. 1. §. 14. D. 36. 1.

bei allen Geschäften, welche nicht auf einer verständigen Verwaltung beruhen (quae non ex administratione fiunt) und deren Vornahme darum überhaupt nicht gestattet ist. Hierher gehören alle unnützen Liberalitäten, wie Schenkungen, Freilassungen, Einräumung von Peculien an Sclaven u. s. w.[2525]). Auch letztwillige Anordnungen eines Pupillen, nicht blos Testamente, sondern auch fideicommissarische Anordnungen und selbst Schenkungen Todeshalber werden durch keine auctoritas giltig; vielmehr stirbt der Pupill intestatus, und die Intestaterben brauchen nicht nur die Fideicommisse nicht zu erfüllen, sondern können den Tutor auch wegen der verschenkten Sachen auf Schadloshaltung belangen[2526]).

3) In Ansehung der Form. Hinsichtlich der Form des unter vormundschaftlicher Einwilligung abzuschließenden Geschäftes ist der Antheil des Pupillen an demselben von dem des Vormundes zu sondern und jeder besonders darzustellen. 1) Anlangend den Antheil des Pflegebefohlenen, d. h. der Frau, des Unmündigen oder des Minderjährigen, so ist dieser der eigentliche gestor, Contrahent oder die handelnde Hauptperson bei dem Geschäfte. Er hat also die Worte der legis actio, der Promission, Litiscontestation, Nuncupation auszusprechen, den Consens zu erklären, den Freilassungsbrief zu schreiben, das Geld zu empfangen, pro herede zu geriren[2527]). In Folge dieser Ansicht ist, wenn die eigene Willenserklärung des Pupillen durch factische Hindernisse gehindert wird, der Abschluß des Geschäftes durch auctoritas unmöglich, und dem Vormunde bleibt dann nur übrig, geeigneten Falles das Geschäft entweder durch Sclaven des Pflegebefohlenen vornehmen zu lassen oder es selbst abzuschließen[2528]). Solche Hindernisse der Willenserklärung und auctoritas sind besonders Abwesenheit, Wahnsinn, Taubheit und Stummheit und Kindesalter des Pflegebefohlenen[2529]), welches letztere bis zum vollendeten siebenten Jahre gerechnet wird[2530]). Streng genommen müßten auch noch infantiae proximi für unfähig erklärt werden, unter auctoritas tutoris Geschäfte einzugehen, da sie in Ansehung des Bewußtseins den infantes gleichstehen. Allein man hat diese Gleichstellung nur auf Delicte beschränkt; dagegen hat hinsichtlich der Rechtsgeschäfte eine benignior interpretatio angenommen, daß Promissionen und Nuncupationen gleich nach Eintritt der Sprachfähigkeit[2531]), Handlungen, welche keiner mündlichen Rede, sondern nur persönlicher Gegenwart bedürfen, wie pro herede gestio oder Annahme einer Erbschaft ex SC.

2525) L. 1. §. 1. 2. 4—8. D. 27. 3. L. 24. fin. D. 40. 2. L. 3. §. 3. L. 7. §. 1. D. 15. 1.

2526) L. 1. §. 1. D. 27. 3.

2527) L. 5. C. VI. 30. L. 9. §. 6. L. 13. D. 26. 8. Ulp. XX. 15. Fragm. de iuris spec. §. 15.

2528) L. 65. §. 3. D. 36. 1.

2529) Gai. I. 173—176. L. 1. §. 2. 3. D. 26. 7.

2530) L. 1. §. 2. D. 26. 7. L. 14. D. 23. 1. L. 18. §. 4. C. VI. 30.

2531) Gai. III. 109. §. 10. Inst. III. 20. L. 1. §. 13. D. 44. 7. L. 1. §. 2. D. 26. 7. L. 5. D. 50. 17.

Trebelliano sogar noch früher unter auctoritas des Tutors rechtlich möglich sind, da nicht der Pupill, sondern der Tutor die Nützlichkeit oder Schädlichkeit der Handlung zu prüfen hat[2532]). Nur wo körperliche Anwesenheit nicht allein genügt, sondern es auch noch einer bestimmten Entschließung und Erklärung bedarf, wie sie wohl ein stummer pubes, aber kein infans abgeben kann, wie bei dem Zwange zur Antretung und Restitution einer fideicommissarischen Erbschaft an das Kind ex SC. Pegasiano, kann selbst unter auctoritas des Tutors das Geschäft nicht eingegangen werden, so daß der Tutor nur den Weg der gestio übrig hat, also allein handeln muß[2533]). 2) Der Antheil des Vormundes besteht darin, daß er zu dem vom Pfleglinge abgeschlossenen, aber nicht rechtlich vollgiltigen Geschäfte seine Einwilligung ertheilt. Diese Einwilligung muß aber noch folgende, theils allen Willensacten überhaupt gemeinsame, theils civilen Geschäften (actus legitimi, civilia negotia) eigenthümliche Eigenschaften haben: a) sie muß, wie jede Willenshandlung, aus dem Willen des Vormundes hervorgegangen sein. Ist dieser also wahnsinnig oder Pupill oder minderjährig, so ist seine Einwilligung unkräftig[2534]). War der Vormund zwar fähig einzuwilligen, er that es aber nicht, z. B. er wurde durch Gewalt gezwungen, bei der Vornahme des Geschäftes mit dem Pfleglinge gegenwärtig zu bleiben, oder er war von dem Hergange überall nicht unterrichtet, so wird das Geschäft durch die Gegenwart des Tutors ebensowenig bekräftigt, als ob er wahnsinnig, schlafend, ohnmächtig oder sonst nur körperlich zugegen gewesen wäre[2535]). b) Der Wille des Vormundes muß ein freier Wille gewesen sein. Bei einer vom Vormunde wirklich erklärten, aber durch Zwang herbeigeführten oder durch dolus erschlichenen Einwilligung würde zwar das Geschäft nach dem Civilrechte giltig sein, aber doch durch metus oder doli exceptio oder durch Restitution angefochten werden können. Dies gilt aber nur von dem von einer Privatperson ausgehenden Zwange. Dagegen galt der Zwang von Seiten der Obrigkeit im älteren römischen Rechte bisweilen als zulässig. Es konnte nämlich die vom Geschlechtstutor verweigerte auctoritas auf Antrag der Frau vom Prätor erzwungen werden, aber nur bei anderen als gesetzlichen Tutoren (alterius generis tutores). Denn gesetzliche Tutoren konnten wenigstens bei Veräußerungen von res mancipi, bei Eingehung von Obligationen und Errichtung von Testamenten nur im Nothfalle zur Einwilligung gezwungen werden[2536]). Die Pupillentutoren hingegen durften niemals vom Magistrat zur auctoritas gezwungen werden, weil sie bloße Form der Administration ist und weil er wegen widerrechtlicher Unterlassung der auctoritas mit der actio tutelae zur Verantwortung gezogen werden

2532) L. 9. D. 29 2. L. 65. §. 3. D. 36. 1.
2533) L. 65. §. 3. D. 36. 1. in der zweiten Hälfte.
2534) L. 1. §. 2. D. 27. 6. Gai. I. 178—180. L. 5. C. V. 30.
2535) L. 1. §. 1. L. 14. D. 26. 8.
2536) Gai. I. 190. 192. II. 121. 122. Cic. pro Mur. cap. 12.

kann[2537]). Eine Ausnahme gilt nur zu Gunsten der fideicommissarischen Freiheit, welche der Pupill einem Sclaven gewähren soll, indem die vom Tutor zu der Manumission verweigerte auctoritas nach einem Rescripte der Divi Fratres durch eine Fiction ergänzt wird[2538]). c) Die auctoritas muß auf die rechte Art vom Tutor erklärt werden. Dazu gehört Folgendes: aa) er muß bei dem Pflegebefohlenen, indem dieser das Geschäft abschließt, persönlich anwesend sein; Briefe und Boten können seine Stelle nicht vertreten[2539]). Der Gegenwart des anderen Contrahenten bedarf es dagegen nur dann, wenn die Form des Geschäftes es verlangt; also z. B. nicht bei Real- und Consensualcontracten, bei manumissio per epistolam u. s. w.[2540]). bb) Der Tutor muß seine Zustimmung in ausdrücklicher mündlicher Rede ertheilen, selbst bei den Geschäften, welche der Pflegling, weil sie keine Nuncupationen sind, stillschweigend verrichten kann, wie Darlehen, Empfang von Zahlungen u. s. f.[2541]). Die Unterzeichnung und Untersiegelung der über das Geschäft aufgenommenen Urkunde durch den Tutor enthält nicht die auctoritas, sie dient nur zu deren Beweise[2542]). cc) Der Zeit nach muß diese mündliche Erklärung unmittelbar nach dem Abschlusse des Geschäftes durch den Pflegebefohlenen abgegeben werden, so daß sie mit der Erklärung des letzteren zusammen ein Ganzes bildet[2543]). Sie darf also nicht früher erfolgen, aber auch nicht nach einer Zwischenzeit auf die Perfection des Geschäftes. dd) Die auctoritas muß pure interponirt werden; sie läßt keine Suspension durch Bedingungen und Zeitbestimmungen zu[2544]). Nach dem Bisherigen hat die Form der auctoritas etwas sehr Alterthümliches. Da der Consens des Curators nicht einer strengrechtlichen Förmlichkeit genügen, sondern nur die Zustimmung des Administrators zu Verfügungen über das seiner Aufsicht anvertraute Vermögen oder zu bedenklichen Geschäften enthalten soll, so sind hier wenigere Förmlichkeiten nöthig. Es bedarf namentlich keiner mündlichen Rede und deshalb auch keiner persönlichen Gegenwart; auch hindern Bedingungen und Zeitbestimmungen die Giltigkeit der Handlung nicht, sondern schieben sie nur hinaus.

4) Wirkungen der Genehmigung. Sind die erwähnten Erfordernisse der auctoritas oder des consensus sämmtlich beobachtet, so

---

2537) L. 10. 17. D. 26. 8.

2538) L. 30. §. 3. D. 40. 5. Vgl. L. 11. D. eod. Paul. Sent. IV. 3. 3. Bisweilen haben Landesgesetze daraus eine allgemeine Regel für alle dem Pupillen offenbar vortheilhaften Geschäfte abgeleitet, z. B. preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 248.

2539) L. 25. §. 4. D. 29. 2. L. 9. §. 5 D. 26. 8. §. 2. Inst. I. 21.

2540) L. 9. §. 6. D. 26. 8. Dosith. Interpretam. ed. Boecking. §. 15. p. 57.

2541) L. 1. §. 2. 3. D. 26. 1. vgl. mit L. 16. D. 26. 8.

2542) L. 20. D. 26. 8. vgl. mit L. 9. §. 6. eod.

2543) L. 9. §. 5. D. eod. §. 2. Inst. I. 21.

2544) L. 8. D. eod.

hat das Geschäft nach dem Civilrechte dieselbe Kraft, als wenn es von einem mündigen und großjährigen Manne abgeschlossen wäre. Es finden also daraus auch directe Klagen gegen den Pflegling statt[2545]). Dennoch steht diesem ungeachtet der auctoritas das Recht zu, ohne daß er den Vormund vorher ausklagen müßte, Restitution gegen das Geschäft zu suchen[2546]). Auch kann es, obschon die auctoritas giltig ertheilt ist, bisweilen wegen mangelnder obervormundschaftlicher Genehmigung als ungiltig angefochten werden. Fehlt es dagegen an einem Erfordernisse der auctoritas, so ist es eben so, als ob der Pflegebefohlene auch factisch ohne Vormund gehandelt hätte.

5) Heutiges Recht. Die Grundsätze des römischen Rechtes über den falsus tutor mögen heutzutage wohl selten zur Anwendung kommen; ihre Anwendbarkeit wird aber doch nicht bezweifelt[2547]). Die Regel: ipse tutor in rem suam auctor fieri non potest, findet heutzutage unbeschränkt Anwendung. Auch wenn eine der Gewalt des Tutors untergebene Person als Gegenpartei oder als Contrahent dem Pfleglinge gegenübersteht, gilt heutzutage die Regel; denn wenn auch der Vater heutzutage durch Hauskinder nicht geradezu erwirbt, sondern der Erwerb aus dem Geschäfte dem Kinde dem Eigenthume nach gehört, so ist doch der Vater wegen des ihm daran zustehenden Nießbrauches betheiligt. Der Ausweg, welchen die gestio bei solchen Geschäften bietet, bei denen die bloße Thatsache des Ueberganges in das Vermögen des Gegners Grund der Obligation und Liberation ist, z. B. Darlehen und Zahlungen, und welche daher der Vormund auch mit dem Pfleglinge nach römischem Rechte wirksam eingehen kann, wenn er sie allein vornimmt, muß aber im heutigen Rechte für unzulässig erachtet werden; vielmehr ist es auch bei diesen Geschäften jetzt Regel, daß der Vormund sie nur mit einem anderen rechtlichen Vertreter des Pflegebefohlenen wirksam vornehmen kann, entweder mit dem Mitvormunde oder mit einem zu bestellenden Specialvormunde. Was die Erfordernisse der Mitwirkung des Vormundes bei den Geschäften der Pflegebefohlenen betrifft, so ist es heutzutage bei allen Arten der Vormundschaft, ausschließlich der Geschlechtsvormundschaft über Frauen, Regel, daß der Vormund ohne Zuziehung des Pflegebefohlenen handelt und es ist Zuziehung des letzteren nur Ausnahme und von der Willkür des Vormundes abhängig, außer bei Geschäften, welche die Person des Pflegebefohlenen betreffen, wie bei Verlöbnissen und Vermiethungen der Dienste Minderjähriger. Bei der nur ausnahmsweise vorkommenden eigenen Theilnahme des Pflegebefohlenen an dem Abschlusse des Geschäftes ist nun, wie in dieser Abtheilung unter B. 2. b. ausführlicher erörtert worden ist, die Einwilligung

---

2545) L. 44. D. 42. 1.

2546) L. 2. 3. 5. C. si tutor vel curator intervenerit (II. 24. (25.))

2547) Stryk, Us. mod. Pand. 27. 6. §. 2. Huber, Praelect. ad Pand. 27. 6. in fin. Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 366.

des Vormundes nicht an die Form der auctoritas gebunden, sondern es brauchen blos die freieren Formen des consensus beobachtet zu werden. Die allgemeinen Erfordernisse jeder Willenserklärung überhaupt, wenn sie von rechtlicher Wirkung sein soll, müssen natürlich auch nach heutigem Rechte bei der Einwilligung des Vormundes vorhanden sein.

Vierte Abtheilung. Vertretung des Pflegebefohlenen.

A. Allgemeine Grundsätze[2548]).

Es giebt Fälle, in welchen der Pflegebefohlene aus in seiner Persönlichkeit liegenden Gründen weder allein, noch unter dem Beistande des Vormundes wirksame Rechtsgeschäfte eingehen kann. Dahin gehört nun zwar die Geschlechtstutel in der Regel nicht, die cura furiosi und prodigi, aegroti und bonorum aber immer, und die tutela und cura pupilli sowie die cura minoris wenigstens dann, wenn der Pflegebefohlene durch Kindesalter, Krankheit, Wahnsinn oder Abwesenheit das Geschäft selbst abzuschließen verhindert ist. In diesen Fällen hat der Vormund, wie bereits in der vorigen Abtheilung unter C. Nr. 3. bemerkt worden ist, nach römischem Rechte nur zwei Wege, um ein für oder gegen den Pflegebefohlenen wirksames Rechtsgeschäft zu begründen. 1) Der eine dieser Wege ist Vollziehung durch die der Gewalt des Pflegebefohlenen unterworfenen Personen, z. B. die Sclaven, die Hauskinder des furiosus u. s. w. Sobald nämlich diese Personen erwerbende und bereichernde Handlungen[2549]) auch nur allein abschließen, so wird die vindicatio oder actio daraus dem Pfleglinge direct erworben. Dasselbe gilt bei Schenkungen an einen Pflegebefohlenen. Geschieht nämlich eine solche an einen infans, so soll nach einer Verordnung Constantin's von 316 zuerst die Urkunde vollzogen und dann ein Sclave in den Besitz des Grundstückes inducirt werden, dessen Freilassung, zur Ermöglichung des Beweises des Herganges, nicht eher erfolgen soll, als bis der Herr die „annos Laetoriae legis" überschritten hat. Letztere Bestimmung ist von Justinian weggelassen worden[2550]). Zur Vornahme einer obligatorischen Handlung, z. B. zur Antretung einer Erbschaft, zur Contrahirung einer Schuld, braucht der Tutor oder Curator nur einem der Sclaven des Pflegebefohlenen den Befehl zu ertheilen, die Handlung zu vollziehen, um sicher zu sein, daß der Pflegebefohlene Erbe ist[2551]) oder

---

2548) Dig. 26. 9. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. Cod. V. 39. mit derselben Rubrik.

2549) Z. B. einen Kauf (L. 9. §. 6. D. 6. 2.), die stipulatio rem pupilli, furiosi, adolescentis salvam fore (L. 2. 4. §. 8. L. 6. D. 46. 6. L. 1. §. 15. D. 27. 8.) oder die Stipulation bei dem Darlehn (L. 9. pr. D. 26. 7.)

2550) L. 2. Th. C. i. e. L. 26. C. de donat. (Th. C. VIII. 12. C. VIII. 53. in nostris edit. 54.)

2551) L. 65. §. 3. D. 36. 1. Nur muß der Sclave noch bei Lebzeiten des Tutors den Befehl befolgt haben. L. 50. D. 29. 2.

daß die actio „quod iussit tutor" gegen ihn gegeben wird[2552]). 2) Wenn dieses Mittel, eine directe Repräsentation des Pupillen zu bewirken, nicht anwendbar ist, so bleibt dem Vormunde nichts übrig, als selbst zu handeln, also in eigenem Namen zu erwerben oder auf eigenem Namen sich zu verpflichten. Hier tritt aber folgende Schwierigkeit ein. Die Absicht bei der negotiorum gestio des Vormundes geht nämlich keinesfalls dahin, daß der Vormund aus den von ihm als negotiorum gestor des Pfleglinges vorgenommenen Geschäften berechtigt oder verpflichtet werden soll, vielmehr wird dies für den Pflegling beabsichtigt. Eine solche active und passive Repräsentation durch freie Stellvertreter ist aber nach dem Civilrechte unmöglich, da dieses von dem Grundsatze ausgeht, daß derjenige, welcher der Gewalt einer bestimmten Person nicht unterworfen ist, diese Person, auch wenn er es wollte, durch seine Handlungen weder activ noch passiv repräsentiren kann, daß vielmehr seine Handlung nur für und gegen ihn selbst wirkt oder daß sie, wenn er dieses ausdrücklich ablehnt, erfolglos ist. Hiernach ist, da der Vormund, abgesehen von der Cura des Sohnes über den wahnsinnigen Vater, der Gewalt des Pflegebefohlenen nicht unterworfen ist, eine directe Repräsentation des Pflegebefohlenen durch ihn nach dem alten Civilrechte sowohl activ als passiv unzulässig. Der Vormund hat also nur den Ausweg, die erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten einstweilen selbst zu behalten und sich später im directum und contrarium tutelae und negotiorum gestorum iudicium mit dem Pfleglinge deshalb zu berechnen, indem er hier gezwungen werden kann, die erworbenen Rechte dem Pfleglinge zu cediren oder das Interesse zu leisten, sowie er diesen umgekehrt zwingen kann, ihn von den um seinetwillen eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Wo nach der Natur des Geschäftes dieses Mittel des Erwerbes durch den Vormund und der Ausgleichung im tutelae iudicium unanwendbar ist, da muß die Handlung ausgesetzt werden, bis der Pflegling sie selbst vornehmen kann, wie z. B. bei Testamenten und (nach altem Rechte) Erklärungen über deferirte Erbschaften. Im neueren römischen Rechte ist diese Strenge des alten Civilrechtes in den wichtigsten Punkten gemildert worden, indem man in den meisten Beziehungen angenommen hat, daß der Pflegebefohlene selbst durch die Handlungen des Vormundes, d. h. nicht blos durch die Rechtsgeschäfte, sondern bis auf einen gewissen Punkt auch durch die Delicte desselben activ und passiv repräsentirt werde (ex facto tutorum vel curatorum minores agere vel conveniri posse). Das teutsche Recht läßt, da es das Princip der Repräsentation durch freie Stellvertreter unbeschränkt anerkennt, eine directe active und passive Repräsentation des Pflegebefohlenen durch den Vormund eintreten, und es ist dieser Weg heutzutage der gewöhnliche, während der erste oben angedeutete Weg, die Vollziehung des Geschäftes durch eine der Gewalt des

---

2552) L. 1. §. 9. L. 2. D. 15. 4.

Pflegebefohlenen unterworfene Person ungewöhnlich ist, schon deshalb, weil wir keine Sclaverei mehr haben.

B. Repräsentation durch Rechtsgeschäfte.

1) Acquisitionen. Rücksichtlich der Frage, inwiefern der Pflegebefohlene durch die Rechtsgeschäfte seines Vormundes activ repräsentirt wird, ist zwischen Vindicationen, Actionen und Exceptionen zu unterscheiden. 1) Was die Vindicationen anlangt, so ist es unzweifelhaft, daß, wenn dem Vormunde als negotiorum gestor des Pflegebefohlenen, etwas mancipirt oder in iure cedirt wurde, blos der Vormund die directe Vindication erwarb. Anders verhält es sich mit der Tradition. War es auch noch zur Zeit des Gajus zweifelhaft, so konnte doch nach einer Verordnung von Sept. Severus durch eine freie Mittelsperson, auch ohne daß der dominus darum weiß, Besitz erworben werden[2553]). Dieser Satz gilt auch in Beziehung auf den Tutor, wie ein Rescript von Dacius deutlich genug voraussetzt[2554]). Da der Besitz, wenn er vom Eigenthümer ex iusta causa übertragen wird, bei nec mancipi res zu gleicher Zeit dem Empfänger quiritarisches Eigenthum giebt, so folgt, daß seit Sept. Severus dem Pflegebefohlenen auf diesem Wege durch den Vormund selbst eine directe Vindication erworben werden kann, wobei vorausgesetzt wird, daß der Vormund bei dem Ankaufe sich ausdrücklich als Geschäftsführer des Pfleglinges gerirte und daher der Verkäufer wußte, das Geschäft werde für den Pflegling eingegangen und die Absicht haben konnte, eben diesem das Eigenthum zu verschaffen[2555]). Hat mithin der Vormund auf seinen eigenen Namen gekauft (in nomen suum emit), so hat er selbst das Eigenthum und die directe Vindication erworben, nicht blos, wenn er das Kaufgeld aus eigenen Mitteln, sondern auch wenn er es aus den Mitteln des Pflegebefohlenen bezahlt hat. Im letzteren Falle steht aber dem Pfleglinge die Wahl zu, ob er den Vormund entweder im iudicium tutelae oder negotiorum gestorum, wegen Verwendung seines Vermögens zu den Privatzwecken des Vormundes, auf Bezahlung der höchsten Zinsen verklagen oder ob er die Sache und die Vindication als in seinen Angelegenheiten erworben betrachten will. Wählt er das Erstere, so steht ihm an der mit seinem Gelde erkauften Sache wenigstens ein gesetzliches Pfandrecht zu[2556]). Wählt er das Letztere, so wird ihm, auch ohne Cession, eine utilis vindicatio gegeben[2557]). Weniger streng war man von jeher bei der Publicianischen Klage. Es ist nämlich entschiedener Grundsatz, daß, wenn Jemand nicht für sich, sondern als negotiorum gestor eines Anderen eine Sache kauft und in Besitz erhält, dieser Andere die Publicianische Klage hat; ein Grundsatz, welcher auch auf den Tutor und

2553) Gai. II. 95. L. 11. C. VII. 32. §. 5. Inst. II. 9.
2554) L. 3. C. VII. 32.
2555) §. 5. Inst. II. 9. L. 20. §. 2. L. 53. D. 41. 1.
2556) L. 6. C. VII. 8. L. 7. pr. D. 20. 4.
2557) L. 2. D. 26. 9. L. 3. C. V. 51.

Curator volle Anwendung findet[2558]). 2) Bei den Actionen findet der Satz: „per tutorem pupillo actio, nisi certis ex causis, quaeri non potest“[2559]), umsomehr Anwendung, als außer der allgemeinen Unmöglichkeit activer Repräsentation durch freie Stellvertreter, noch die besondere Natur der obligatorischen Verhältnisse dem Erwerbe derselben durch den Vormund entgegensteht. Doch hat selbst hier das spätere Recht dem Pfleglinge „certis ex causis“, utiles actiones aus den Verträgen des Vormundes gegeben. Eine Anwendung dieser Regel zeigt sich zunächst bei Verbalcontracten des Tutors. Eine Stipulation für den Pupillen von Seiten des Tutors würde ganz unwirksam sein; der Pupill würde daraus keine actio erwerben, weil man keinem Dritten stipuliren kann, dessen Gewalt man nicht unterworfen ist[2560]); der Tutor würde aber ebensowenig eine actio erwerben, weil er ja nicht für sich eine Obligation contrahiren wollte. Es muß hiernach der Vormund in den Fällen, wo er selbst zu handeln genöthigt ist, die Stipulation immer auf seinen Namen richten. Die Wirkung ist immer nur die, daß der Vormund die actio ex stipulatu erwirbt, deren Cession dann der Pflegling mit der actio tutelae verlangen kann. Indessen hat schon Julianus den Grundsatz, daß in einem solchen Falle auch ohne Cession dem Tutor die directe Klage zu versagen und dem Pfleglinge eine utilis ex stipulatu actio zu verstatten sei. Ursprünglich scheint dieser Grundsatz nur in dem Falle angenommen worden zu sein, wenn der Pupill infans ist und keinen Sclaven hat[2561]); die Interpretation hat ihn aber auch auf den Fall der Abwesenheit des Pupillen ausgedehnt[2562]), und endlich ganz allgemein für alle Fälle, wo der Vormund selbst stipulirt hat, anerkannt[2563]). Aehnlich wie bei Stipulationen verhält es sich bei Consensualcontracten. Verpachtet oder vermiethet der Vormund Grundstücke oder andere Sachen des Pflegebefohlenen, so erwirbt er zwar selbst die actio locati; der Pflegebefohlene hat aber auch diese Klage als utilis actio[2564]). Noch leichter war bei dem Constitutum die Annahme möglich, daß, wenn dem Tutor oder Curator die Zahlung einer dem Pfleglinge geschuldeten Summe von dessen Schuldner versprochen wird, der Pflegling eine utilis constitutae pecuniae actio habe, da diese Klage prätorischen Ursprunges ist[2565]). Deshalb ging man bei dieser Klage sogar noch einen Schritt weiter und nahm an, daß, wenn man dem Vormunde verspricht: pupillo, furiosi, adolescenti solvi, der Pflegling gleichfalls actio constitutae pecuniae utilis erwerbe[2566]). Noch weiter geht das

2558) L. 7. §. 10. D. 6. 2.
2559) L. 5. C. V. 39.
2560) Gai. III. 103. §. 4. Inst. III. 20.
2561) L. 9. pr. D. 26. 7.
2562) L. 9. pr. cit.
2563) L. 2. §. 26. 9. L. 2. C. V. 39.
2564) L. 4. C. V. 39.
2565) L. 5. §. 7. D. 13. 5.
2566) L. 5. §. 9. D. eod.

römische Recht in Bezug auf die Darlehnsobligation, bei welcher es allgemeiner, aus der Natur des Darlehns als Realcontract folgender Grundsatz ist, daß demjenigen, auf dessen Namen ein freier Stellvertreter dessen Geld oder auch das seinige ausleiht, die condictio erworben wird, nicht als utilis, sondern als directa actio [2567]). Dieser Grundsatz gilt auch vom Vormunde, welcher Geld des Pflegebefohlenen an Andere ausleiht [2568]); ja selbst wenn er das Geld selbst entlehnt und sich als Schuldner des Pfleglinges in dessen Büchern aufführt, erwirbt er demselben die Condiction dieses arcarium nomen [2569]). — Aehnliche Grundsätze, wie von den Obligationen selbst, gelten auch von deren Accession, der obligatio pignoris. Wird also dem Tutor oder Curator eine Sache zum Pfande gegeben, so erwirbt er dem Pfleglinge doch nicht die pignoris obligatio, obgleich er demselben durch Besitzergreifung den Besitz der verpfändeten Sache erwerben kann; es muß also die actio pigneratitia gegen den Vormund angestellt werden [2570]). Dies hat jedoch Justinian abgeändert [2570a]). 3) Anlangend endlich die Frage, inwieweit der Pflegebefohlene aus der gestio des Vormundes Exceptionen ableiten könne, so galt auch bei diesen die allgemeine Regel, daß eine exceptio des Pfleglinges aus den Geschäften des Vormundes als eine exceptio de iure tertii anzusehen und deshalb unstatthaft sei. Aehnliche praktische Bedürfnisse führten aber wie bei den Actionen so auch bei den Exceptionen dazu, daß man diese Regel verließ und nicht blos dem Tutor, sondern auch dem Pfleglinge die exceptio gab. Eine Anwendung dieses Grundsatzes kommt vor bei der exceptio iurisiurandi und rei iudicatae [2571]). In Bezug auf die exceptio pacti hingegen sind verschiedene pacta des Vormundes zu trennen. Er kann ganz allgemein (in rem) bedingen, daß gegen den Pflegebefohlenen eine Klage nicht erhoben werde (ne petatur); er kann aber auch ausbedingen: ne a se petatur; endlich auch, ne a pupillo, furioso, prodigo petatur. In allen diesen Fällen ist der Vertrag nicht ohne Wirkung. Eine exceptio pacti aber entsteht nur dann daraus, wenn der Vormund ausbedungen hatte, ne a se peteretur, und nun später selbst verklagt wird. Wird aber der Pflegebefohlene belangt, so hat dieser zwar keine exceptio „nisi inter te et tutorem meum convenit, ne ea pecunia peteretur oder a me peteretur", weil dies formell eine exceptio de iure tertii sein würde; wohl aber hat er Anspruch auf eine doli exceptio [2572]). In einer besonderen Anwendung kommt die exceptio dann vor, wenn die väterliche Erbschaft des Pfleglinges verschuldet ist und der Vormund mit der Mehrheit der Gläubiger einen

2567) L. 126. §. 2. D. 45. 1. L. 9. §. 8. D. 12. 1.
2568) L. 8. 16. D. 26. 7.
2569) L. 9. §. 7. D. eod.
2570) L. 11. §. 6. D. 13. 7.
2570a) L. 2. C. IV. 27.
2571) L. 9. §. 6. D. 12. 2.
2572) L. 15. D. 2. 14. L. 10. §. 2. L. 26. §. 1. D. eod.

Nachlaßvertrag auf bestimmte Procente eingeht. In diesem Falle erwirbt der Pflegling nach der auf Grund dieses Vertrages von ihm bewirkten Erbschaftsantretung nicht blos gegen die Gläubiger, welche den Nachlaß wirklich bewilligt haben, pacti exceptio, wenn sie auf das Ganze klagen wollten, sondern auch gegen die dem Accord nicht beigetretene Minderheit, weil diese nach dem Rescripte von M. Aurelius durch den Beschluß der Mehrheit gebunden ist. Eine Folge hiervon ist, daß, wenn der Vormund selbst Gläubiger des Vaters des Pupillen war, für sich aber dem von der Mehrheit bewilligten Nachlaß nicht beigetreten ist, er sich doch mit den Procenten begnügen muß, auf welche jene Mehrheit accordirt hat, mithin, wenn er sich für die ganze Forderung aus der Erbschaft bezahlt gemacht hätte, den Ueberschuß dem Pfleglinge zurückzugeben verbunden ist[2573]).

2) Passive Obligationen. Hiervon ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes die Rede gewesen[2574]).

3) Repräsentation durch widerrechtliche Handlungen. Da die Frage, inwieweit aus den widerrechtlichen Handlungen des Vormundes eine Klage gegen den Pflegling gegeben wird, schon in einem früheren Artikel ihre Beantwortung gefunden hat[2575]), so ist hier umgekehrt noch die Frage zu beantworten, inwieweit dem Pfleglinge eine exceptio aus den widerrechtlichen Handlungen des Vormundes entgegensteht, wenn er klagend auftritt, mit anderen Worten: inwiefern er die Klagen des Pfleglinges durch seinen dolus consumirt? Diese Frage kann, da die metus exceptio schon ihrer Natur nach in rem gegeben wird, höchstens bei der doli exceptio zur Sprache kommen. Diese ist zwar nicht in rem, sondern in personam scripta, was aber nur soviel bedeutet, daß der Urheber des dolus darin namentlich genannt werden müsse, nicht aber, daß nur wegen des dolus des Dominus eine exceptio gegeben werden könne. Ein formelles Hinderniß steht also einer exceptio de dolo tutoris et curatoris nicht entgegen und es fragt sich nur, wieweit sie aus materiellen Gründen zulässig sei. Es kommt hierbei darauf an, wer die Klage erhebt, gegen welche excipirt werden soll. 1) Klagt der Vormund, so ist zwischen dessen dolus praeteritus, d. h. zwischen dem dolus vor und nach der Litiscontestation zu unterscheiden. Nur wegen des letzteren ist eine exceptio möglich, m. a. W., der Beklagte kann nicht verlangen, daß die exceptio: Si in ea re nihil dolo malo tutoris factum sit, sondern nur, daß die exceptio: Si in ea re nihil dolo malo tutoris fiat[2576]), bei der Conception des Judicium mit in die Formel aufgenommen werde[2577]). Die Unterscheidung beruht darauf,

---

2573) L. 44. D. 2. 14. L. 59. D. 26. 7. Beide Stellen sind von Scävola.

2574) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 174, 175.

2575) Vgl. denselben Artikel Bd. III, S. 175, 176.

2576) Siehe die Conception der doli exceptio bei Gai. IV. 119.

2577) L. 11. pr. D. 44. 4. vgl. mit L. 4. §. 18. D. eod.

daß vor der Litiscontestation die Klage noch dem Pupillen zusteht, welchem der dolus des Tutors nicht schaden soll, während durch die Litiscontestation des dominium litis auf den Tutor übergeht[2578]). 2) Klagt der Pflegebefohlene, so kann auch die exceptio: Si in ea re nihil dolo malo tutoris vel curatoris factum sit, ihm entgegengesetzt werden, sofern nur der Pflegling bereichert ist. Der Tutor muß aber wirklicher administrirender Vormund gewesen sein; ein Protutor kann die Klagen des Pupillen überhaupt nicht consumiren, folglich kann auch sein dolus keine exceptio begründen. Aber auch bei dem dolus des wirklichen Tutors fällt die exceptio weg, wenn der andere Contrahent mit ihm colludirte[2579]).

Fünfte Abtheilung. Administration des Vermögens des Pflegebefohlenen.

A. Von der Administration im allgemeinen.

1) Begriff und Arten[2580]). Außer der Geschlechtstutel[2581]) und den blos speciellen Vormundschaften[2582]) ist mit jeder Vormundschaft in der Regel eine Verwaltung des Vermögens des Pflegebefohlenen (administratio s. gestio patrimonii s. rerum) verknüpft. Jede Vermögensverwaltung, auch die vormundschaftliche (von der Vermögensverwaltung, welche dem Vater, vermöge der väterlichen Gewalt und welche dem Ehemanne nach teutschem Rechte als ehelichem Vormunde zusteht, ist hier nicht die Rede) besteht im allgemeinen aus Amtsrechten und Amtspflichten. Das Amtsrecht (ius in bonis, potestas in pecunia, dominium in domo)[2583]) ist Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit der Dispositionen, welche der Vormund in Folge seiner Verwaltung unternimmt. Dagegen die Amtspflicht (officium) des Vormundes ist die Bedingung der Befreiung desselben von aller Gefahr (periculum), welche die Condemnation in der accusatio suspecti oder im iudicium tutelae für seine Ehre und sein Vermögen nach sich ziehen würde[2584]). Die Amtspflicht des Vormundes kommt mithin im Vormundschaftsrechte zweimal zur Sprache; erstens in präceptiver Form bei der Verwaltung, zweitens aber in den Folgen ihrer Verletzung bei der Verantwortlichkeit

---

2578) L. 11. pr. cit. Hier ist unter dem procurator nur ein bloßer Proceßprocurator, nicht ein procurator omnium bonorum zu verstehen.

2579) L. 4. §. 23—25. D. 44. 4.

2580) Dig. 26. 7. De administratione (et periculo) tutorum et curatorum (qui gesserint, vel non: et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus). Theod. Cod. III. 30. De administratione et periculo tutorum et curatorum. Cod. V. 37. De administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda.

2581) Gai. I. 190.

2582) L. 3. C. V. 44. L. 61. D. 23. 3.

2583) L. 10. pr. D. 27. 10. — Cic. de invent. II. 50. de republ. III. 33. Auct. ad Herenn. I. 13. — Cic. Tuscul. disp. III. 5.

2584) L. 5. §. 8. D. 26. 7.

des Vormundes. Hinsichtlich des Umfanges der Verwaltungsrechte und Pflichten findet sich zwischen den verschiedenen Arten der Vormundschaft noch ein wichtiger Unterschied, indem das römische Recht zwischen einer vollständigen und unvollständigen Administration unterscheidet. Die Tutoren und Curatoren der Pupillen, die Curatoren der Minderjährigen, Wahnsinnigen und Verschwender haben eine vollkommene, die curatores bonorum hingegen eine unvollkommene Verwaltung [2585]).

2) Vollständige Administration. Allgemeine Grundsätze über diese sind folgende: 1) der gerirende Vormund des Pupillen, Minderjährigen, Wahnsinnigen und Verschwenders vertritt des Herrn Stelle (domini loco est, personam domini sustinet) [2586]). Er schaltet daher im Hause und über das Vermögen mit der Macht und Gewalt, welche der Herr hat, aber während seines jetzigen Zustandes nicht ausüben kann [2587]). Die Sclaven müssen seinen Befehlen Gehorsam leisten [2588]); er kann die Institoren und magistri navis anstellen und absetzen [2589]), den Sclaven die freie Verwaltung ihrer Peculien gestatten und wieder entziehen [2590]); wenn gestohlene Sachen in seinen Gewahrsam zurückkommen, so erlischt die Furtivität [2591]) u. s. w. 2) Diese ausgedehnte Macht steht aber dem Vormunde nur zum Zwecke einer redlichen und verständigen Administration zu (ad utilitatem, ex re pupilli, cum bona fide gerit, si expedit pupillo, quantum ad providentiam pupillarem) [2592]). Dieser Satz zeigt sich in Anwendung sowohl auf die gestio als die alienatio des Vormundes: a) Nimmt nämlich der Vormund Verfügungen über die Rechte seines Pflegebefohlenen vor, so hängt deren Giltigkeit davon ab, daß sie Ergebniß einer rechtlichen und verständigen Verwaltung sind; sind sie dies, so sind sie unbedingt giltig, ohne alle Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Vormundes, weil es im eigenen Interesse der Pflegebefohlenen liegt, daß die Verwaltung ihrer Vormünder respectirt werde. Im entgegengesetzten Falle sind die Verfügungen dergestalt nichtig, daß durch dieselben nichts consumirt wird [2593]). b) Verfährt der Vormund bei der Verwaltung nicht mit derselben Treue, Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet, so macht er sich verantwortlich und ist nicht nur zur Entschädigung verpflichtet, sondern kann auch abgesetzt werden. Das Nähere ist bei der Lehre von der Verantwortlichkeit der

---

2585) L. 48. D. eod.

2586) L. 56. §. 4. D. 47. 2. L. 157. D. 50. 17. L. 27. D. 26. 7.

2587) Paul. Sent. IV. 12. 7.

2588) L. 157. pr. D. 50. 17. L. 11. §. 7. D. 43. 24. L. 1. §. 9. L. 2. pr. D. 15. 4. L. 32. §. 3. L. 58. pr. D. 26. 7. L. 41. §. 10. D. 40. 5. L. 1. §. 3. D. 27. 3.

2589) L. 1. §. 16. D. 14. 1. L. 5. §. 18. D. 14. 3.

2590) L. 24. D. 15. 1.

2591) L. 56. §. 4. D. 47. 2. L. 4. §. 11. D. 41. 3. L. 215. D. 50. 16.

2592) L. 7. §. 3. D. 41. 4. L. 27. D. 26. 7. L. 11. D. 27. 10.

2593) L. 12. §. 1. D. 26. 7.

Vormünder anzugeben. 3) Außerdem ist die Willkür des Vormundes noch durch Folgendes beschränkt: a) Die Art und Weise der Verwaltung ist durch das Edict, juristische Theorie und Constitutionen näher bestimmt worden[2594]). b) Durch den letzten Willen des Vaters des Pupillen kann die Art der Administration näher vorgeschrieben werden. Solche Vorschriften gelten jedoch nur dann, wenn sie mit dem Besten des Pflegebefohlenen und mit einer verständigen Verwaltung vereinbar sind[2595]). c) Die Verwaltung der Vormünder steht nach römischem Rechte bei einzelnen wichtigen Acten unter der Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörden und ist an deren Einwilligung gebunden. — Modificationen des römischen Rechtes durch das heutige sind folgende: 1) Während das römische Recht vom Vormunde nur diejenige Sorgfalt bei der Verwaltung verlangt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, neigt sich die heutige Theorie dahin, ihn zur Anwendung der Sorgfalt eines guten Hausvaters zu verpflichten[2596]), und Particulargesetze haben dies ausdrücklich vorgeschrieben[2597]). 2) Im heutigen Rechte steht die ganze Verwaltung der Vormünder unter fortwährender Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörden, worauf schon die in den Reichspolizeiordnungen begründete Pflicht der Vormünder zur jährlichen Rechnungsablegung hinführt und die Vormünder sind in allen wichtigen Angelegenheiten zur Anfrage bei der Obrigkeit und Einholung der Genehmigung derselben verbunden, worüber die Particulargesetze nähere Bestimmungen enthalten. In der Beschränkung der Vormünder durch die Nothwendigkeit der Einholung obervormundschaftlicher Genehmigung ist man jedoch in Teutschland oft zu weit gegangen. Denn die Besorgung und Beachtung wechselnder und mannigfaltiger Interessen, wie sie bei der vormundschaftlichen Verwaltung vorkommen, verlangt eine freie und gesunde Beurtheilung der Bedürfnisse und der Mittel ihrer Befriedigung. Es ist zum Nachtheile der Bevormundeten, wenn die Vormünder vorzugsweise darauf zu sehen genöthigt und gewöhnt werden, sich von ihrer Verantwortlichkeit durch äußerliche Beachtung abstracter Regeln zu befreien. Ein blos formelles

---

2594) L. 5. §. 7. D. eod. L. 24. C. V. 37. (L. 6. §. 1. Th. C. III. 30.)

2595) L. 5. §. 7. D. eod. So z. B. dürfen und müssen die Vormünder sich über ein unbedingtes Veräußerungsverbot des Vaters hinwegsetzen, wenn das Beste des Pupillen die Veräußerung erfordert. L. 5. §. 9. D. eod. L. 2. §. 3. D. 27. 2. Dagegen müssen sie verständige testamentarische Anordnungen über die Bedingungen und die Art der Veräußerung befolgen. L. 7. C. V. 37. Ebenso wenn nach der letztwilligen Anordnung die Vormünder bei ihrer Verwaltung den Rath der Mutter oder anderer Personen einholen sollen, sind sie zu dessen Befolgung nur dann verbunden, wenn er wirklich heilsam und verständig ist. L. 5. §. 8. L. 47. §. 1. D. 26. 7.

2596) Kraut Bd. 2, S. 135.

2597) Z. B. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 2, §. 9. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 20. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, §. 9. Vorm.-O. §. 15. Rudolst. Vorm.-O. §. 31.

Abmachen der Geschäfte steht daher mit dem Geiste der Vormundschaft im Widerspruche. So unentbehrlich für eine gute Verwaltung objective Schranken ihrer Befugnisse und nöthigende Vorschriften sind, so ist doch innerhalb der gesetzten Schranken eine gewisse Freiheit der Entscheidung je nach den Umständen eben so nothwendig[2598]).

3) Unvollkommene Administration. Weit unvollkommener als die bisher beschriebenen sind die mit den Realcuratelen verbundenen Administrationen. Es ist aber deshalb auf andere Artikel zu verweisen[2599]).

B. Erhaltung, Bewirthschaftung, Erweiterung und Verwendung des Vermögens.

AA. Römisches Recht.

1) Erhaltung. Zunächst müssen alle Vormünder für Erhaltung der Substanz des Vermögens der Pflegebefohlenen sorgen. Diese Pflicht umfaßt 1) die Sorge für die beweglichen und unbeweglichen Güter des Pfleglinges. Daher muß der Vormund unter anderen die Sclaven gehörig behandeln und besichtigen, damit sie nicht verwildern oder entlaufen[2600]), die Gebäude in baulichem Stande erhalten, deshalb mit Sachverständigen dieselben beaufsichtigen und dann die nöthigen Reparaturen an ihnen vornehmen lassen[2601]), die Sachen, welche leicht verderben, möglichst bald veräußern[2602]), das übrige bewegliche Vermögen aber sicher aufbewahren. 2) Die Sorge für die Forderungen des Pfleglinges gegen Andere. Einzelne wichtige Fälle sind: a) die ausstehenden Forderungen (nomina) des Pfleglinges[2603]). Hier hat der Vormund darauf zu sehen, daß Kapital und Zinsen dem Pfleglinge erhalten werden. Stehen die Forderungen nicht mehr sicher, so muß er das Kapital sammt den Zinsen von den Schuldnern zu rechter Zeit einziehen. Den durch Säumniß in der Einklagung der Forderungen entstandenen Verlust hat der Vormund dem Pfleglinge zu ersetzen, gleichviel ob er selbst oder ein Vorgänger das Kapital ausgeliehen hatte, wenn nur letzterer bei dem Ausleihen nichts versehen hatte. Denn hatte er das Kapital schlecht ausgeliehen, so muß zwar der Nachfolger im Amte auch die

---

2598) S. Bluntschli, das Zürich. Vormundschaftsgesetz v. 21. Brachmonat 1841, mit Erläuterungen (Zürich 1841) S. 28 flg. Kraut Bd. 2, S. 136.

2599) Vgl. über die cura ventris und die damit verknüpften Verwaltungsbefugnisse den Artikel Bonorum possessio (in bona missio) Bd. II, S. 299; über die cura ex Carboniano edicto ebd. S. 303; über die cura absentis s. den Artikel Cura Bd. III, S. 219, 220; über die cura bonorum im Concurse den Artikel Concurs Bd. III, S. 792, 793, 799 flg.

2600) L. 22. C. V. 37.

2601) L. 22. cit.

2602) L. 5. §. 9. L. 7. §. 1. D. 26. 7. L. 3. C. V. 38. L. 22. C. cit.

2603) L. 15. 35. 39. §. 14. L. 44. 57. D. 26. 7. L. 24. C. V. 37. L. 19. D. 27. 3. L. 2. C. V. 51. Gesterding, im Archiv f. civil. Praxis Bd. II, S. 237 flg.

Forderung mit übernehmen, aber die Gefahr der schlechten Ausleihung trägt der Vorgänger. Wenn aber der Nachfolger die Sicherheit geprüft und gebilligt hat (nomen probat s. agnoscit), so geht die Gefahr mit Befreiung des Vorgängers auf ihn über[2604]). Dasselbe Verfahren, was der Vormund gegen andere Schuldner des Pfleglinges beobachtet, muß er auch gegen sich selbst als Schuldner des Pfleglinges beobachten, ja er darf nicht einmal warten, bis ihn sein Mitvormund verklagt, sondern er muß von freien Stücken zahlen[2605]). b) Ein fernerer Fall betrifft die Forderungen gegen die früheren oder gleichzeitigen Vormünder. Von jenen oder deren Erben muß der Vormund die Herausgabe des Vermögens fordern (tutelam in se transferre); sonst haftet er für den Ausfall (damni vicarius substituitur)[2606]). Auf diese muß er sorgfältig Acht haben, sie zur Verwaltung anhalten lassen, ihre Rechnungen einsehen und im äußersten Falle auf ihre Absetzung und Herausgabe des Vermögens antragen[2607]). Läßt er sie imputabler Weise zahlungsunfähig werden, so trägt er die Gefahr[2608]) auch wenn er nur Ehrenvormund oder partieller Vormund ist.

2) Bewirthschaftung. Das römische Recht unterscheidet zwischen den verschiedenen Bestandtheilen des Vermögens. 1) Grundstücke kann der Vormund entweder verpachten oder vermiethen oder für Rechnung des Pfleglinges selbst bewirthschaften[2609]). In beiden Fällen muß er für ordentliches Eingehen der Einkünfte sorgen. 2) Handelsgeschäfte kann der Vormund durch Institoren oder magistri navis fortsetzen oder aufgeben, je nachdem es zum Vortheile des Pfleglinges gereicht. Er kann Societäten aufkündigen und die Kündigung der socii annehmen, wie Justinian entschieden hat. Auf neue Handlungen, Pachtungen und überhaupt gewagte Geschäfte darf er sich aber nicht einlassen[2610]). 3) Besonders ausführlich sind die Vorschriften über Behandlung der Mündelgelder (pecunia pupillaris). Es ist jedoch deshalb auf einen früheren Artikel zu verweisen[2611]).

3) Erweiterung[2612]).

4) Verwendung[2613]).

BB. Heutiges Recht.

Eine Hauptabweichung des heutigen Rechtes von dem römischen betrifft die Pflichten des Vormundes in Bezug auf die Gelder des

2604) L. 44. D. 26. 7. L. 19. D. 27. 3.
2605) L. 9. §. 5. D. 26. 7.
2606) L. 39. §. 15. 16. D. eod. L. 2. C. V. 42.
2607) L. 1. C. V. 36.
2608) L. 55. §. 4. D. 26. 7.
2609) L. 32. §. 2. L. 46. pr. D. eod.
2610) L. 47. §. 6. L. 58. pr. D. eod. L. 65. §. 7. D. 17. 2. L. 7. C. IV. 37.
2611) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 170—172.
2612) Vgl. denselben Artikel a. a. O. S. 172 flg. Rudorff Bd. 2, S. 367—376.
2613) S. denselben Artikel a. a. O. S. 165 flg.

Mündels. Das in der Novelle 72, Cap. 6—8 enthaltene Recht hat in Teutschland keine Anwendung gefunden, sondern das hier geltende Recht stimmt im allgemeinen mit dem in den Pandekten und im Codex enthaltenen überein, nach welchem der Tutor das baare Geld seines Mündels nicht müssig liegen lassen darf, sondern es entweder zum Ankaufe von Grundstücken verwenden oder zinsbar anlegen muß. Es sind darüber nicht nur die Praktiker einverstanden[2614]), sondern es ergiebt sich dies auch aus allen Landesgesetzen, welche sich über diesen Gegenstand aussprechen[2615]), nur daß sie bisweilen das Ausleihen des Geldes zur Regel machen und den Ankauf von Grundstücken blos mit Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde gestatten[2616]). Den Grund dieser Abweichung des heutigen Rechtes vom Justinianeischen setzen die meisten Juristen darin, daß der Gerichtsgebrauch in diesem Punkte dem älteren römischen Rechte den Vorzug gegeben habe. Es fragt sich aber noch immer, wie der Gerichtsgebrauch hierzu komme, da die Novelle nicht nur glossirt ist, sondern auch deren übrige Vorschriften allgemein Anwendung finden und ein entgegenstehendes Reichsgesetz hier gar nicht in Frage ist. Die Meisten sprechen sich darüber nicht aus und diejenigen, welche es thun, finden den Grund in der größeren Zweckmäßigkeit des älteren römischen Rechtes für unsere Zustände[2617]). Da aber in vielen anderen Fällen, wo die Vorschriften des älteren römischen Rechtes zweckmäßiger sind als die des neueren, doch die des letzteren unbedenklich Anwendung finden, so ist die Sache auf diese Weise allein nicht zu erklären. Der wahre Grund liegt wohl vielmehr, wie Kraut annimmt, darin, daß man es in Teutschland gewiß immer als eine Pflicht des Vormundes ansah, die überflüssigen Gelder seines Mündels zu dessen Nutzen anzulegen, und dies selbst schon zu der Zeit, wo die tutela fructuaria noch galt, in Bezug auf das derselben nicht unterliegende Vermögen, wenn auch schon nur das ältere Lübische Recht ein ausdrückliches Zeugniß dafür liefert[2618]). Die größere Zweckmäßigkeit dieses Gewohnheitsrechtes für unsere Zustände im Verhältniß zu den Vorschriften des Justinianeischen Rechtes würde die Juristen bei der Art, wie sie sonst mit den teutschen Gewohnheiten umgingen, nicht

---

2614) Zahlreiche Citate s. bei Kraut Bd. 2, S. 137, N. 3.

2615) Z. B. Nürnberg. Reform. v. 1564 Tit. 39, Ges. 8, §. 1. Hamburg. Stat. v. 1603 III, 6, 16. Revid. Lüb. Recht I, 7, 13. Würtemberg. Landesordn. Tit. Der fahrenden Haab, §. 1. Cod. Maxim. Bav. civ. I. 7. §. 12. nr. 2. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 454, 466. Oesterreich. Gesetzb. §. 230, 235. Code civ. art. 455. 456. Lüb. Vorm.-O. §. 48. Brem. Vorm.-O. §. 65. Hamburg. Vorm.-O. Art. 43, 45. Ueber die Gesetzgebung der sächsischen Herzogthümer s. Heimbach, sächs. Privatr. §. 158.

2616) Z. B. kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 15, §. 8. Weim. Instruction für Vormünder v. 26. März 1835 §. 14 a. E. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, S. 611. Vorm.-O. §. 19. Brem. Vorm.-O. §. 78.

2617) Z. B. Hartm. Pistoris P. I. qu. 49. nr. 20—26. Kind, Quaest. for. T. IV. p. 266.

2618) Lüb. Recht, Cod. Offenbach. bei Hach Cod. II. 105. not. 9.

bewogen haben, dasselbe beizubehalten, wenn sie dasselbe nicht an das in den Digesten und im Codex enthaltene ältere römische Recht hätten anschließen können. So ist denn heutzutage die Pflicht des Vormundes zur Verwendung der Mündelgelder zunächst nach diesem zu beurtheilen, und es fragt sich nur noch, wie die Grundsätze des römischen Rechtes auf unsere jetzigen Verhältnisse anzuwenden seien. Hierbei kommt namentlich der Grundsatz desselben in Betracht, daß die Mündelgelder gegen gehörige Sicherheit (nominibus idoneis) anzulegen sind[2619]). Als gehörige Sicherheit können aber nur Pfand und Bürgschaft gelten, nicht Wechsel und noch weniger gewöhnliche Schuldscheine[2620]). Auch hält man meistens bewegliche Pfänder nicht für genügend, sondern verlangt Hypotheken an Grundstücken, und wenn letztere in Gebäuden bestehen, daß sie gehörig gegen Feuersgefahr versichert sind[2621]). Dagegen leidet es keinen Zweifel, daß der Vormund die Mündelgelder bei öffentlich autorisirten Kassen und Anstalten anlegen kann, auch bei Creditvereinen, da diese gehörige Sicherheit gewähren[2622]). Anders steht es dagegen mit Staatsschuldscheinen, selbst wenn diese nicht blos allgemein auf den Staatscredit ausgestellt sind, sondern auch das Vermögen des Staates oder doch ein Theil desselben dafür verpfändet ist, weil der Staatscredit oft sehr schwankend und auch im letzteren Falle wenigstens der eigentliche Werth der Sicherheit wegen der Schwierigkeit, sie gehörig geltend zu machen, sehr ungewiß ist. Indessen ist in den meisten Ländern dem Vormunde der Ankauf inländischer Staatspapiere mit Mündelgeldern gestattet[2623]). Selbstverständlich darf aber bei dem Ankaufe solcher Papiere, welche einen veränderlichen Cours haben, der Vormund nicht mehr dafür geben, als sie zur Zeit des Ankaufes im Course stehen. Inwiefern der Vormund in Actien u. s. w. Mündelgeld anlegen dürfe, ist nach der Gesetzgebung jedes einzelnen Staates zu beurtheilen; doch wird auch die Anlegung z. B. in Eisen-

---

2619) L. 13. §. 1. L. 50. 26. 7.

2620) Manche Gesetze verbieten den Vormündern ausdrücklich, Darlehen auf Wechsel oder bloße Schuldverschreibungen zu geben; z. B. preuß. Landr. II, 18, §. 467. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 48.

2621) Lüb. Vorm.-O. §. 48, 49. Brem. Vorm.-O. §. 65. Hamburg. Vorm.-O. Art. 43. Bei solchen Hypotheken muß nach manchen Gesetzen der Werth des Pfandobjectes noch einmal so viel betragen, als die aus den Mündelgeldern darzuleihende Summe. Weim. Ges. v. 10. Febr. 1840 §. 2. Altenb. Vorm.-O. §. 19. Brandgut ist dabei nur mit der in der inländischen Versicherungsanstalt versicherten Summe in Anschlag zu bringen. Weim. angef. Ges. §. 3.

2622) Damit stimmt überein preuß. Landr. II, 18, Anh. §. 158. Lüb. Vorm.-O. §. 48. Weim. Ges. v. 10. Febr. 1840 §. 3, 5. Altenb. Depositalordn. v. 18. Decbr. 1840 §. 14.

2623) Z. B. kgl. preuß. Cabinetsordre v. 3. Mai 1821. Hamb. Vorm.-O. Art. 45. Auch das kgl. sächs. Recht stimmt damit überein. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 137, N. c. Dagegen dürfen in Frankfurt Pupillengelder weder in inländischen, noch ausländischen Staatsobligationen angelegt werden; siehe Bender, Frankfurt. Privatr. S. 77, N. 11.

bahnactien allgemein gestattet, wenn der Staat einen gewissen Zinsertrag garantirt hat. — Hat der Vormund Gelder seines Mündels in seinen Nutzen verwendet, so muß er nach römischem Rechte 12 Procent Zinsen davon zahlen [2624]). Die Giltigkeit dieser Bestimmung heutzutage ist bestritten. Da das römische Recht die von dem Vormunde in diesem Falle zu entrichtenden Zinsen immer nur die Ausdrücke legitimae oder maximae usurae bezeichnet, und 12 Procent hierunter nur deshalb zu verstehen sind, weil diese überhaupt die gesetzlichen und größten Zinsen waren, Justinian aber die gesetzlichen Zinsen auf 6 Procent herabgesetzt und 12 Procent nur bei dem foenus nauticum und bei Darlehnen anderer fungibler Sachen als Geld gestattet hat [2625]), so braucht nach dieser Verordnung Justinian's der Vormund nur 6 Procent zu geben, nach heutigem Rechte wohl nur 5 Procent, was man als die gesetzlichen und höchsten Zinsen zu betrachten pflegt. Bisweilen erkennen Particularrechte die römischen 12 Procent ausdrücklich an [2626]). Oft bestimmen sie aber auch andere Strafen für den Vormund, welcher Güter oder Gelder seines Pfleglinges in seinen Nutzen verwendet hat [2627]). Natürlich treten diese Strafen nicht ein, wenn der Vormund mit Vorbewußt und Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde gegen Bestellung gehöriger Sicherheit von den Geldern des Pfleglinges ein Darlehn aufgenommen hat, was vielmehr einige Gesetze für ein erlaubtes Geschäft erklären [2628]).

C. Veräußerung des Vermögens

AA. Römisches Recht [2629]).

1) Geschichte der Veräußerungsverbote. In jeder vormundschaftlichen Verwaltung liegt zugleich ein Veräußerungsrecht (alie-

2624) L. 7. §. 4. 10. L. 54. D. 26. 7. L. 1. C. V. 56. L. 3. C. V. 51. L. 38. D. 3. 5.

2625) L. 26. §. 1. C. IV. 32.

2626) Z. B. das Frankfurter; s. Orth, Anmerk. Forts. 3, S. 307.

2627) Z. B. das thüring. Strafgesetzb. Art. 233 erklärt dies für qualificirte Veruntreuung und belegt sie mit den Strafen des ausgezeichneten Diebstahles.

2628) Z. B. kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 15, §. 9, 10. Weim. Instruction v. 26. März 1835 §. 15. N. Beif. z. Goth. LO. Th. I, S. 23 flg. Altenburg. Vorm.-O. §. 17.

2629) Quellen: Th. Cod. III. 32. De praediis minorum sine decreto non alienandis. ed. Haenel. Dig. 27. 9. De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, non alienandis vel supponendis. Cod. V. 71. De praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. Cod. V. 72. Quando decreto opus non est. Cod. V. 73. Si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit. Cod. V. 74. Si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit. 2) Literatur: Octavii Simonielli Calliensis Tractatus de decretis ceterisque solennitatibus in contractibus minorum aliorumve his similium adhibendis Col. Agripp. 1854. Helmstad. 1673. Hulder. ab Eyben, Disc. iurid. de decreto in alienandis minorum ceterarumque his similium personarum rebus necessario. (Script. iurid. ed. Argentor. 1708. P. II. p. 369—378.) v. Bülow, Abhandl. Bd. 1, Nr. 10, S. 251—270. Haubold, Hist. iur. civ. Rom. de rebus eorum,

natio, distractio), welches zu verschiedenen Zeiten einen verschiedenen Umfang gehabt hat. 1) Nach dem Rechte vor der Oratio Severi[2630] hatten Vormünder mit vollständiger Administration ein sehr ausgedehntes Veräußerungsrecht, welches in Ansehung der cura legitima furiosi schon in den 12 Tafeln anerkannt war[2631]. Es setzte dies aber Folgendes voraus: a) Der veräußernde Vormund mußte iustus tutor s. curator sein. Veräußert ein falsus tutor oder curator irgend eine Sache des Pfleglinges, sei es ein Grundstück oder eine bewegliche Sache oder auch nur baares Geld[2632], indem er letzteres ausleiht, so ist dadurch die Vindication des Pfleglinges weder ipso iure, noch per doli exceptionem consumirt; er kann mithin die Sachen oder das Geld so lange reclamiren, als sein Eigenthum noch nicht durch den Untergang der Sache oder durch deren Ersitzung zerstört worden ist[2633]. Ob der falsche Vormund zugleich pro tutore die Geschäfte besorgte und ob er Caution geleistet hatte oder nicht, sind hierbei gleichgiltige Umstände. b) Die Veräußerung muß auf einer verständigen Administration beruhen[2634]. c) Die gehörige Form muß beobachtet werden. Diese ist bei Tutoren eigentlich auctoritas[2635], doch kann ein Pupillentutor auch einseitig das Eigenthum übertragen[2636]. Curatoren Minderjähriger haben zwischen Consens und gestio die Wahl[2637]. Bei anderen Curatoren ist gewöhnlich blos gestio möglich. Schon die 12 Tafeln erkannten diese bei dem curator furiosi an[2638]; die Interpretation dehnte sie auf die übrigen Curatoren aus. Weiteren Beschränkungen unterlag die Veräußerung vor der Oratio Severi nicht, indem das alte Recht und die Oratio Severi einander entgegengesetzt werden[2639]. 2) Eine bei der

---

qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis Spec. I. Lips. 1798. (in Opusc. academ. T. II. p. 159—200). Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 444 flg. Rudorff Bd. 2, S. 383 flg. Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 166—170.

2630) L. 8. §. 1. D. 27. 9.

2631) Gai. II. 64. Vgl. Cic. de invent. II. 50. Auct. ad Herenn. I. 13. Cic. Tusc. disp. III. 5. de republ. III. 33. Ulp. XII. 2.

2632) L. 8. pr. D. 27. 9. L. 31. §. 6. D. 3. 5. L. 52. pr. D. 15. 1. (in med.)

2633) L. 47. §. 3. D. 26. 7.

2634) L. 16. C. V. 37. Veräußert also der Vormund aus unnützer Freigebigkeit oder gar in unredlicher oder diebischer Absicht Sachen des Pflegebefohlenen, indem er sie für die seinigen ausgiebt, so überträgt er weder das Eigenthum, noch ein anderes dingliches Recht. L. 10. §. 1. L. 11. D. 27. 10. L. 7. §. 3. D. 41. 3.

2635) L. 13. §. 2. D. 6. 2. L. 1. §. 2. D. 27. 3.

2636) L. 7. §. 3. D. 41. 3. L. 12. §. 1. D. 26. 7. L. 16. C. V. 37. L. 67. D. 6. 1. L. 35. D. 41. 1. L. 11. §. 7. L. 16. pr. D. 13. 7.

2637) L. 47. pr. §. 1. D. 4. 4.

2638) Gai. II. 47. Dieser durfte selbst mancipiren. L. 13. D. 40. 1.

2639) L. 8. §. 1. D. 27. 9. Einige ältere Stellen erwähnen zwar schon ein Decret (L. 17. D. 27. 10. L. 1. §. 2. D. 27. 3.) und eine lex als Quelle eines Veräußerungsverbotes (L. 13. §. 2. D. 6. 2.) oder eine Veräußerungsform (L. 7. §. 3. D. 27. 10.); es beruht dies jedoch auf späteren Interpolationen.

Veräußerung nothwendig zu beobachtende Form ist aber durch eine Oratio von Sept. Severus und ein darauf erfolgtes Senatusconsult vom Jahre Rom's 948 oder 195 n. Chr. eingeführt worden. Der eine die potioris nominatio betreffende Theil dieses Gesetzes ist bereits früher erwähnt worden. Der die Veräußerung der Vormünder betreffende Theil[2640]) beschränkte diese Veräußerung auf praedia rustica und suburbana der Pflegebefohlenen. Diese praedia dürfen nach dem Gesetze die Vormünder nur ausnahmsweise in gewissen genau bestimmten Fällen ohne Beobachtung der neuen Form veräußern. Ist keine dieser Ausnahmen vorhanden, so ist jede Veräußerung nur unter folgenden Voraussetzungen gestattet: a) es muß das übrige Vermögen des Pflegebefohlenen zur Bezahlung der vorhandenen Schulden nicht hinreichen; b) der zuständige Magistrat (nach dem Gesetze des Praetor urbanus) muß angegangen werden und nach redlicher und unparteiischer Vorstellung der Sache durch ein Decret bestimmen, was veräußert werden könne oder verpfändet werden müsse. Bei dem Mangel auch nur einer dieser Voraussetzungen ist die Veräußerung nichtig, mithin die Vindication des Pfleglinges ipso iure nicht consumirt. 3) Diese Oratio Severi hat die Interpretation der Juristen auf Vormünder großjähriger Personen, auf die Statthalter der Provinzen und den Kaiser[2641]), und in objectiver Hinsicht auf iura praediorum, welche veräußert oder constituirt werden[2642]), bezogen. Auf andere Sachen ist sie aber umsoweniger ausgedehnt worden, als von Constantin den Vormündern sogar durch ein Gesetz anbefohlen war, das ganze bewegliche und unbewegliche Vermögen, mit Ausnahme der praedia und mancipia rustica, zu Gelde zu machen[2643]). 4) Eine sehr wichtige objective Erweiterung hat die Oratio Severi durch eine Constitution von Constantin von 326 erhalten[2644]). Sie hat folgenden Inhalt. Das frühere Gebot, alles bewegliche und unbewegliche Vermögen des Pfleglinges, mit Ausnahme der praedia rustica und mancipia rustica, zu Gelde zu machen, ist aufgehoben; vielmehr darf der Vormund das städtische und Mobiliarvermögen des Pfleglinges nur unter den Einschränkungen verkaufen, unter welchen er bisher ein praedium und mancipium rusticum verkaufen, ver-

2640) Der Originaltext ist erhalten in L. 1. §. 2. D. 27. 9.

2641) L. 8. §. 1. D. 27. 9. — L. 12. C. V. 71. — L. 2. C. V. 72.

2642) L. 3. §. 4. — L. 5. D. 27. 9. L. 13. C. V. 71.

2643) Dieses in L. 3. Th. C. III. 30. von Constantin erwähnte Gesetz ist aber nicht die Oratio Severi selbst, welche vielmehr die Veräußerung anderer Sachen nicht befahl, sondern nur verstattete. L. 1. §. 2. D. 27. 9. „interdicam — nihil novandum censeo." Vielmehr ist es eine spätere Constitution, welche in der hier lückenhaften Turiner Handschrift fehlt und im Justinianeischen Codex als aufgehoben weggelassen ist.

2644) Davon finden sich im Theodosischen Codex zwei Bruchstücke, nämlich L. 1. Th. C. II. 16. und der Schluß der L. 3. Th. C. III. 30.; im Justinianeischen Codex hingegen drei Bruchstücke, nämlich L. 2. C. Si adv. vendit. II. 27. (28.) L. 22. C. V. 37. und L. 4. C. V. 72.

pfänden, zur donatio propter nuptias und zur dos machen durfte, nämlich nach Ertheilung eines Decretes auf Grund einer sorgfältigen Untersuchung, daß dabei kein Betrug möglich ist; nur abgetragene und verdorbene Kleider sowie überflüssige Thiere soll der Vormund ausnahmsweise auch ohne Decret veräußern dürfen[2645]. 5) Justinian selbst fügt noch die Ausnahme hinzu, daß der Vormund die Sachen, welche er administrirt, zum Behufe von Proceßcautionen für den Pflegling verpfänden darf[2646]. Auch erlaubt Justinian ausdrücklich dem Vormunde, die Erträgnisse des Grundvermögens oder sonstigen Vermögens des Pfleglinges zu landesüblichen Preisen zu verkaufen und den Erlös auf die gewöhnliche Weise zu verwalten[2647]. Auf der anderen Seite hat er das Verbot auch auf Obligationen ausgedehnt[2648].

2) Umfang des Veräußerungsverbotes. Dieser ist in Ansehung der Personen, der Gegenstände, der Rechte und der Arten der Veräußerung zu betrachten. 1) Als Personen, welchen die Veräußerung untersagt wird, werden in der Oratio die Tutoren und Curatoren, nicht aber die Pflegebefohlenen selbst genannt[2649]. Unter den Tutoren sind nur Pupillentutoren, nicht Geschlechtstutoren, unter den Curatoren nur Alterscuratoren verstanden[2650], darunter aber auch die curatores minorum[2651]. Die Juristen dehnten die Oratio aber wegen Gleichheit des Grundes auf alle Curatoren großjähriger Personen aus[2652]. Die besonderen persönlichen Verhältnisse des Vormundes zum Pfleglinge sind gleichgiltig. Selbst der Vater des Pfleglinges, wenn er Tutor oder Curator desselben ist, muß die Veräußerungsform beobachten, sogar bei den Adventitien, wiewohl hier das Decret leichter ertheilt wird, weil der Vater dem Interesse seiner Kinder nicht leicht entgegen handeln wird[2653]. Die Frage, ob auch den Pflegebefohlenen selbst zugleich die Veräußerung mit untersagt sei oder ob das Verbot sich blos auf die gestio und auctoritas oder Consens der Vormünder beziehe, hat bei den meisten Pflegebefohlenen, wie Pupillen, Wahnsinnigen, Verschwendern u. s. w. keinen Sinn, weil hier jede Veräußerung, abgesehen von der Oratio Severi, schon aus anderen Gründen ungiltig ist. Wichtig ist sie aber für Minorenne, zwar nicht, wenn sie einen Curator haben, weil sie alsdann ohne dessen Consens nicht wirksam veräußern können[2654]; wohl

---

2645) L. 22. C. V. 37.
2646) L. 28. §. 3. C. V. 37.
2647) L. 28. §. 5. C. eod.
2648) L. 25. 27. C. eod. Nov. 72. cap. 5. 6. 7.
2649) L. 1. pr. §. 2. D. 27. 9.
2650) Es folgt dies daraus, daß die Pflegebefohlenen jener Vormünder, denen die Veräußerung untersagt ist, zweimal als pupilli bezeichnet werden. L. 1. §. 2. D. 27. 9.
2651) L. 8. §. 1. L. 11. D. 27. 9. L. 2. C. V. 70.
2652) L. 8. §. 1. L. 11. D. 27. 9. L. 2. C. V. 70.
2653) L. 7. §. 2. D. 27. 9. L. 3. C. V. 71.
2654) L. 3. de in int. rest. minor (II. 21. (22.))

aber, wenn sie entweder factisch keinen Curator haben oder von Rechtswegen, nämlich wegen erlangter Großjährigkeitserklärung, ohne einen solchen leben. Solche Minderjährige nämlich, welche venia aetatis erlangt haben, können Immobilien, die ohne Decret nicht veräußert werden dürfen, ohne Decret weder veräußern, noch verpfänden, noch zur donatio propter nuptias verschreiben [2655]); verschenken können sie aber ihre Immobilien selbst mit Decret nicht. In beiden Fällen bleibt ihnen die Vindication bis zu deren Ausschließung durch die Verjährung. Solche Minderjährige hingegen, welche nicht für großjährig erklärt sind, sondern nur factisch ohne Curator leben, können seit der Oratio Severi und den späteren Gesetzen sogar bewegliche Sachen niemals verschenken und sie ohne Decret nur im Nothfalle zur Loskaufung ihrer gefangenen Eltern verkaufen [2656]). 2) Als Sachen, deren Veräußerung ohne Decret untersagt ist, nennt die Oratio Severi praedia rustica und suburbana [2657]), während praedia urbana ohne ein solches veräußert werden können. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche würde die Verschiedenheit der praedia nur auf der geographischen Lage beruhen, und hiernach praedium rusticum jedes Besitzthum auf dem Lande, praedium suburbanum jede Besitzung in der Nähe der Stadt, nämlich Rom's, praedium urbanum jedes Grundstück innerhalb der Ringmauern Rom's, mit Ausschluß der Vorstädte oder continentia aedificia bezeichnen. Allein die alten Juristen haben diese blos geographische Verschiedenheit bei einem Gesetze, welches das sicherste, einträglichste und nützlichste Besitzthum auszeichnen wollte, mit Recht verworfen und den Gegensatz vielmehr in der verschiedenen Bestimmung und Benutzungsart des Grundstückes gefunden [2658]). Hiernach sind praedia rustica die Grundstücke, welche zum Ackerbau und zur landwirthschaftlichen Benutzung bestimmt sind, mithin einen ökonomischen Ertrag geben. Salz- und Bergwerke, Kreide- und Steinbrüche und andere solche Werke können zwar, weil sie keinen landwirthschaftlichen Ertrag liefern, nicht im eigentlichen Sinne praedia rustica genannt werden; es ist aber doch richtiger, auch auf sie das Verbot auszudehnen, weil eben die Sicherheit und der Ertrag die Veranlassung zur Auszeichnung jener Grundstücke ist [2659]). Praedia suburbana sind Besitzungen in und vor der Stadt, welche aber einen ökonomischen Ertrag abwerfen, indem die Früchte in der Stadt verkauft werden [2660]), welche also in dieser Beziehung ungeachtet ihrer geographischen Lage den praedia rustica mehr ähnlich sind [2661]). Diese Grundstücke sollen daher selbst dann

---

2655) L. 3. C. de his, qui ven. aet. (II. 44. (45.)) — L. 3. C. V. 74.

2656) L. 2. C. Si adv. donat. (II. 29. (30.)) L. 22. C. V. 37. Nov. 115. cap. 3. §. 13. Vgl. L. 3. C. V. 74.

2657) L. 1. §. 2. D. 27. 9. Vat. Fragm. §. 38.

2658) L. 16. C. V. 71. L. 198. D. 50. 16. L. 166. D. eod.

2659) L. 3. §. 6. L. 4. 5. pr. §. 1. D. 27. 9.

2660) Isid. Orig. XVII. cap. 5. „Suburbanae uvae“ etc.

2661) Thalelaei adn. ad Lib. 16. C. V. 71. (d. h. Τὸ προάστειον Basil. T. III. p. 767.)

nicht ohne Decret veräußert werden, wenn sie unfruchtbar und steinig sind, da sie dadurch doch nicht ganz werthlos sind[2662]). Praedia urbana hingegen sind alle Gebäude, nicht nur in der Stadt, sondern auch die Ställe und sonstigen meritoria auf den Villen und Dörfern und blos zum Vergnügen dienende Landhäuser, endlich alle in dem Raume dieser Gebäude befindlichen Gärten, welche nichts einbringen[2663]). Diese konnten also auch ohne Decret veräußert werden. Den Grundstücken selbst steht das dazu gehörige Inventarium völlig gleich, so daß die familia urbana ohne Decret giltig veräußert werden konnte, die rustica mancipia hingegen nur mit Decret[2664]). Rustica familia ist aber diejenige, welche zur Landwirthschaft gebraucht wird; urbana hingegen diejenige, welche das Haus und Hausgeräthe zu besorgen hat[2665]). So blieb die Sache bis zu der unter 1. erwähnten Constitution Constantin's von 326, welche auch das werthvollere bewegliche Vermögen des Pfleglinges sowie praedia urbana und deren Zubehör, ebenso die familia urbana dem Verbote mit unterwarf[2666]). Seitdem ist die obervormundschaftliche Einwilligung die Regel; freie Veräußerung ist nur zulässig bei abgetragenen oder unbrauchbaren Kleidern, überflüssigen Thieren[2667]) und bei Früchten, um den Erlös zinsbar anzulegen[2668]). 3) Was die Rechte an den vorhin genannten Sachen betrifft, welche dem Vermögen des Pfleglinges nicht entfremdet werden dürfen, so nennen freilich sowohl die Oratio Severi, als die Constitution Constantin's überall keine Rechte, sondern nur Sachen als Gegenstände der Veräußerung. Da aber die Veräußerung niemals eine Disposition über die Sache selbst, sondern immer nur über ein daran stattfindendes Recht enthält, so liegt hier nur die im gemeinen Leben gewöhnliche Verwechselung zwischen Rechtsobject und Recht selbst vor, und es sind auch hier Rechte an praediis rusticis und den übrigen Sachen gemeint. Selbstverständlich kann aber dabei nur von solchen Rechten, welche sich im Vermögen des Pfleglinges bereits befinden, die Rede sein. Daher ist die Ausschlagung einer dem Pfleglinge deferirten Erbschaft durch den Vormund oder die Nichtausübung einer ihm verstatteten optio keine Veräußerung[2669]). Zu den Rechten, welche hierher gehören, rechnet die Interpretation folgende dingliche: a) Vollständiges Eigenthum, wobei es gleichgiltig ist, ob dieses getheilt oder ungetheilt ist[2670]). Daher kann auch ein Theil

2662) L. 13. pr. D. 27. 9.
2663) L. 198. D. 50. 16.
2664) L. 22. C. V. 37.
2665) L. 166. D. 50. 16. Varro de re rust. I. 17. L. 8. pr. L. 18. §. 9. 19. D. 33. 7. Paul. Sent. III. 6. §. 43.
2666) L. 22. C. V. 37.
2667) L. 22. C. cit.
2668) L. 28. §. 5. C. V. 37.
2669) L. 28. pr. D. 50. 16.
2670) L. 7. pr. L. 8. §. 2. D. 27. 9. L. 17. C. V. 71.

pro indiviso nicht verpfändet oder sonst willkürlich veräußert werden[2671]). Dasselbe gilt von der Theilung des Eigenthums in Proprietät und ius in re; denn auch die Proprietät allein kann nicht veräußert werden. Ebenso ändert es nichts, wenn etwa das Eigenthum widerruflich ist. b) Eigenthum an Provinzialgrundstücken (praedia stipendiaria und tributaria). Die Oratio spricht nur von Grundstücken unter der Jurisdiction des Praetor urbanus; sie ist aber eben auch auf Provinzialgrundstücke ausgedehnt worden[2672]). c) Bonitarisches Eigenthum. Wird der Pupill damni infecti nomine in die Sache des Gegners ex secundo decreto immittirt, so erwirbt er daran bonitarisches Eigenthum, welches durch Usucapion sich in quiritarisches verwandelt[2673]); allein schon vor vollendeter Usucapion kann der Pupill das Gebäude nicht veräußern[2674]). d) Prätorisches Eigenthum des Pfleglinges können die Vormünder ohne Decret nicht veräußern[2675]). Dasselbe gilt e) von einem dem Pfleglinge zustehenden Nießbrauche sowie f) von einer demselben zustehenden Emphyteuse. Dagegen ist von superficies in den älteren Quellen nicht die Rede, weil ihr Gegenstand ein praedium urbanum ist; seit Constantin ist auch sie unveräußerlich. g) Pfandrecht. Ein dem Pfleglinge zur fiducia gegebenes Grundstück konnte, weil derselbe daran quiritarisches Eigenthum hatte, nicht distrahirt werden. War dem Pfleglinge eine Sache verpfändet, sei es als pignus oder als Hypothek, so konnte der Vormund dieselbe giltig verkaufen, weil er nicht das Eigenthum des Pfleglinges, sondern das seines Schuldners verkauft[2676]). Anders verhält es sich, wenn der Pflegling sich die verpfändete Sache vom Kaiser hat zuschlagen lassen, weil er dann durch das Rescript Eigenthum erworben hat[2677]). 4) Anlangend endlich die Frage, welche Dispositionen über die genannten Rechte an den unveräußerten Sachen den Vormündern und den Pflegebefohlenen selbst untersagt seien, so hat aus verschiedenen Aeußerungen der Oratio die Interpretation die allgemeine Regel gebildet, daß jede freiwillige Veräußerung, welche nicht ausdrücklich vom Testator befohlen oder etwa ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist, als verboten zu betrachten sei[2678]). Nähere Bestimmungen dieser Regel sind folgende: a) Verboten ohne Decret sind nur Alienationen, d. h. totale oder partielle Veräußerungen des Eigenthums oder dinglicher Rechte des Pfleglinges, wie gänzliches Aufgeben des Eigenthums, in welcher Form und aus welchem Rechtsgrunde dieses auch geschehen

---

2671) L. 2. 13. C. V. 71.
2672) L. 2. C. V. 70. L. 5. §. 12. L. 11. D. 27. 9. Vat. Fragm. §. 295.
2673) L. 15. §. 26. 27. D. 39. 2.
2674) L. 5. §. 2. D. 27. 9.
2675) L. 5. §. 2. D. cit.
2676) L. 5. §. 3. D. 27. 9.
2677) L. 5. §. 3. cit.
2678) L. 3. §. 1. D. eod.

möge[2679]), Verpfändung eigener Sachen des Pflegebefohlenen, nicht blos solcher, welche sich in seinem alleinigen Eigenthume befinden, sondern auch solcher, welche er mit Anderen gemeinsam zu idealen Theilen besitzt[2680]), Bestellung einer persönlichen oder Prädialservitut an den Sachen des Pfleglinges, Aufgeben eines dem Pfleglinge gehörigen ius in re aliena sowie Remission des Pfandrechtes. b) Verboten sind nur die aus dem freien Willen der Vormünder oder Pflegebefohlenen ausgehenden Veräußerungen, nicht die auf gesetzlicher Nothwendigkeit oder obrigkeitlicher Auctorität beruhenden[2681]). Einzelne Beispiele verbotener Veräußerungen sind folgende: aa) Schenkungen. Unabhängig von der Oratio Severi kann der Tutor oder Curator und der Pupill, Wahnsinnige und Verschwender oder der Minderjährige, welcher einen Curator hat, schon nach altem Rechte nichts verschenken, weil jenem die iusta alienandi causa, diesem die Handlungsfähigkeit fehlt. Wohl aber kann nach altem Rechte ein Minderjähriger allein giltig schenken, welcher entweder aus Versehen oder wegen venia aetatis keinen Curator hat. Seit der Oratio Severi[2682]) und dem Edicte von Constantin darf indessen ein Minderjähriger mit venia aetatis wenigstens seine Immobilien, ein Minderjähriger aber, welcher factisch ohne Curator lebt, selbst seine erhaltbaren Mobilien nicht verschenken. Selbst Schenkungen an exceptae personae legis Cinciae sind von diesem Verbote nicht ausgenommen[2683]). bb) Dotatio[2684]) und donatio ante et propter nuptias. Die alte donatio unter Verlobten übertrug das Eigenthum und war ungiltig gleich jeder anderen Schenkung[2685]). Die neuere donatio propter nuptias, wenn sie auch keine Eigenthumsübertragung enthält, ist dennoch als ungiltig behandelt worden, weil sie nach Auflösung der Ehe an die Frau fällt, wenn besondere Verträge geschlossen sind[2686]). cc) Verkauf, Vertauschung, Vergleich, Hingabe an Zahlungsstatt oder um eines anderen Zweckes willen[2687]). dd) Ausschlagung eines Vindicationslegates[2688]). ee) Verzicht auf eine Schenkung[2689]). ff) Anstellung einer Theilungsklage. Geht die Provocation zu einer Theilungsklage von dem Pfleglinge selbst oder seinem Vormunde aus, so ist dieses eine freiwillige und deshalb unerlaubte Veräußerung. Eine unmittelbare Folge davon ist,

---

2679) L. 5. §. 2. 3. D. eod.

2680) L. 1. §. 2. L. 5. §. 10. L. 7. §. 5. L. 8. §. 2. L. 13. §. 1. D. eod. L. 22. C. V. 37. L. 2. C. V. 71.

2681) L. 3. §. 1. 2. D. eod.

2682) L. 2. C. II. 29. (30.) L. 4. C. V. 73. L. 1. §. 2. D. 27. 3. L. 17. D. 27. 10. L. 4. C. V. 71.

2683) L. 4. 8. C. V. 71. Vat. Fragm. §. 293.

2684) L. 22. C. V. 37.

2685) L. 8. C. V. 71.

2686) L. 22. C. V. 37. L. 3. C. V. 74.

2687) L. 4. 9. 15. C. V. 71.

2688) L. 5. §. 8. D. 27. 9.

2689) Vat. Fragm. §. 313.

daß im Falle der Unmündigkeit oder Minderjährigkeit sämmtlicher Besitzer der gemeinschaftlichen Sache die Theilung ganz unterbleiben muß, weil von keiner Seite Provocation auf Theilung zulässig ist, gleichviel, ob sie dieselben oder verschiedene Vormünder haben[2690]). Es muß folglich der Theilhaber großjährig sein, damit überall eine Theilung möglich sei[2691]). Dagegen ist die Kündigung einer Societät oder deren Annahme, da darin keine Alienation liegt, dem Vormunde unbedingt gestattet[2692]). gg) Endlich ist auch jedes Rechtsgeschäft, wodurch iura in re bestellt oder aufgegeben werden, unter den verbotenen Veräußerungen, wie vorher bemerkt worden ist. — Giltig ist die Veräußerung stets aber dann, wenn sie eine nothwendige ist[2693]). Die wichtigsten Fälle sind folgende: aa) Si communis res sit et socius ad divisionem provocet[2694]). Klagt ein großjähriger Theilhaber auf Theilung, so bedarf es keines Decretes, da die Veräußerung nach allgemeiner Rechtsregel nothwendig ist. Vorausgesetzt werden praedia pro indiviso communia. Waren sie schon reell getheilt oder hatre der Theilhaber blos den Nießbrauch oder blos die Proprietät, so lag in dem Austausche stets eine freiwillige und daher ungiltige Veräußerung, da der Theilhaber in diesem Falle keine actio communi dividundo hat, indem es an einer wahren Communion fehlt[2695]). Auch ist nur Vertauschung oder Veräußerung des idealen Theiles zum Behufe der Auflösung der Communion verstattet, nicht aber Verpfändung, indem durch diese die Gemeinschaft nur noch mehr verwickelt werden würde[2696]). bb) Si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequetur[2697]). Giltig ist hiernach die Zulassung des Verkaufes durch einen Gläubiger, welchem der Vater des Pfleglinges die Sache verpfändete. Diesen Fall nennt die Oratio aber offenbar nur als Beispiel einer giltig geschehenen Verpfändung, welche nun den Verkauf nothwendig zur Folge hat und es hat nicht gerade für die vom Vater ausgegangenen Verpfändungen ein besonderes Privilegium aufgestellt werden sollen. Umgekehrt, wenn nicht der Vater, sondern der Pupill selbst mit Einwilligung des Tutors und des Magistrates die Verpfändung unternommen hätte, würde der Verkauf ebenfalls zulässig sein, wenn auch der Gläubiger zu größerer Sicherheit sich auch in diesem Falle lieber an den Magistrat wenden wird[2698]). Ebenso ist bei der Geltendmachung gesetzlicher Pfandrechte

---

2690) L. 7. pr. D. 27. 9. L. 17. C. V. 71.
2691) L. 17. C. cit.
2692) L. 7. C. IV. 37.
2693) L. 3. §. 1. 2. D. 27. 9.
2694) L. 1. §. 2. D. eod. Auch das preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 566, 568 und der Code civil art. 460 erkennen dieses an.
2695) L. 5. §. 16. L. 6. D. eod.
2696) L. 8. §. 2. D. eod.
2697) L. 1. §. 2. D. eod.
2698) L. 7. §. 1. D. eod. L. 1. 2. C. V. 71.

der Verkauf ohne Decret zulässig[2699]). Dasselbe gilt von der Geltendmachung richterlicher Pfandrechte[2700]). cc) Hiernach können gesetzliche und richterliche Pfandrechte auch ohne Decret giltig entstehen[2701]). dd) Ein weiterer Fall nothwendiger und deshalb giltiger Veräußerung kann bei vormundschaftlicher Proceßführung vorkommen. Vindicirt nämlich der Vormund eine Sache seines Pfleglinges von einem Dritten, der Besitzer aber restituirt die Sache nicht nach erhaltenem Restitutionsbefehle, so kommt es nach älterem Rechte zur litis aestimatio, welche in der Regel ganz die Natur des Kaufes hat[2702]). Nimmt also der klagende Vormund die litis aestimatio an, so veräußert er zugleich das Eigenthum der Sache; die Veräußerung ist aber, weil sie eine nothwendige ist, unbedenklich[2703]). Dasselbe gilt umgekehrt, wenn ein Dritter eine dem Pfleglinge wirklich gehörige Sache vindicirt und der Vormund, nachdem das Eigenthum rechtskräftig dem Gegner zuerkannt ist, um der litis aestimatio zu entgehen, die Sache restituirt; hier ist die Veräußerung unbedenklich giltig, weil das Eigenthum dem Pfleglinge rechtskräftig aberkannt ist und deshalb die Sache nicht als Eigenthum des Pfleglinges betrachtet werden kann[2704]). c) Ausnahmsweise können indessen sogar Veräußerungen giltig sein, welche nach dem Bisherigen zu den freiwilligen und deshalb verbotenen zu rechnen gewesen wären. aa) Die Oratio Severi stellt nämlich neben ihrem allgemeinen Verbote die Ausnahme auf: nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Hat also der Vater letztwillig die Veräußerung oder Verpfändung eines Grundstückes u. s. w. angeordnet, so kann die Veräußerung giltig geschehen. Auch kommt es nicht gerade darauf an, daß die Anordnung gerade vom Vater ausgegangen ist, sondern der letzte Wille jedes anderen Testators, der die Sache auf den Pflegling vererbt hat, muß ebenso berücksichtigt werden[2705]). Es muß aber der Wille des Erblassers gewiß sein. Bestimmte er also über den Verkauf gewisser Sachen nichts, so folgt daraus, daß er sie selbst feil hatte, noch nichts, weil dennoch der Verkauf von Seiten seiner Kinder seinem Willen völlig zuwider sein könnte[2706]). Ist aber der Wille gewiß, so ist dessen Form gleichgiltig. Zwar spricht die Oratio vom Testament oder Codicillen; es ist dies aber nur beispielsweise zu verstehen. Denn auch im Falle der späteren Ungiltigkeit des Testamentes durch capitis deminutio u. s. w., wenn es der Testator nur nicht widerrufen hat, ist die darin angeordnete Veräußerung rechtsbeständig[2707]). bb) Justinian hat eine zweite

2699) L. 3. C. IV. 46.
2700) L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. 27. 9. L. 1. C. V. 71.
2701) L. 1. §. 4. — L. 5. §. 1. D. eod.
2702) L. 1. D. 41. 4.
2703) L. 3. §. 2. D. 27. 9. L. 29. D. 10. 2.
2704) L. 3. §. 3. D. 27. 9.
2705) L. 3. C. V. 72.
2706) L. 1. §. 3. D. 27. 9.
2707) L. 14. D. eod.

Ausnahme hinzugefügt. Müssen nämlich die Vormünder in Processen für den Pupillen eine Proceßcaution durch Pfänder bestellen, so sind sie zur Verpfändung der unter ihrer Administration stehenden Sachen desselben ermächtigt[2708]).

3) Bedingungen, unter welchen eine verbotene Veräußerung giltig geschehen kann. Die bisher näher bestimmten verbotenen Veräußerungen sind nicht schlechterdings untersagt, sondern können unter folgenden Voraussetzungen giltig geschehen: 1) Es muß eine gehörige und rechtmäßige Ursache der Veräußerung (causa alienandi) vorhanden sein[2709]). Die Oratio Severi selbst gestattet eine Veräußerung und Verpfändung von praedia suburbana und rustica nur in dem Falle: si aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi[2710]). Zunächst muß also eine Schuld vorhanden sein, gleichviel ob eine ererbte oder vom Pfleglinge selbst gewirkte. Dann muß diese Schuld eine drückende für den Pflegling sein, sei es wegen des Andringens des Gläubigers oder wegen der Höhe der Zinsen, welche die Tilgung der Hauptschuld räthlich macht[2711]). Ferner muß die Schuld aus dem übrigen Vermögen des Pfleglinges nicht getilgt werden können[2712]). Endlich muß die Schuld zu dem Werthe dieses bestimmten Grundstückes, dessen Veräußerung beantragt wird, im Verhältniß stehen; sonst muß ein weniger einträgliches und werthvolles Grundstück gewählt werden[2713]). Nach Erweiterung der Grundsätze der Oratio Severi auf fast alle anderen Sachen des Pfleglinges durch Constantin war die Festhaltung der Erlaubniß der Veräußerung in jenen engen Grenzen fast unmöglich, obschon Constantin selbst daran festhielt. Daher gestatteten schon Arcadius und Honorius in Ermangelung hinlänglicher Einkünfte zum Unterhalte des Pfleglinges den Verkauf seines Mobiliarvermögens, um entweder vom Kaufgelde einträgliche Grundstücke anzukaufen oder dasselbe zinsbar anzulegen[2714]). Um des bloßen Nutzens oder der Unfruchtbarkeit der Sache willen ist selbst bei Mobilien die Veräußerung unzulässig[2715]). 2) Es ist auch eine causae probatio nothwendig, d. h. eine obrigkeitliche Prüfung der Zulässigkeit der verlangten Veräußerung in gehöriger Form. Ueber die Competenz der Behörden zu dieser Cognition und die Gegenstände, worauf die Untersuchung zu richten ist, ist bereits in dem Artikel Cura gehandelt worden. 3) Die Veräußerung muß nach dem Schlusse der Untersuchung durch ein förmliches Decret des Magistrates für zulässig erklärt werden, weshalb ebenfalls auf den genannten Artikel zu verweisen ist.

2708) L. 28. §. 3. C. V. 37.
2709) L. 6. 12. C. V. 71.
2710) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 12. C. V. 71.
2711) L. 5. §. 9. 14. D. eod.
2712) L. 5. §. 9. cit.
2713) L. 5. §. 10. D. eod.
2714) L. 6. §. 1. Th. C. III. 30. i. c. L. 24. C. V. 37.
2715) L. 22. C. V. 37.

4) Rechtsmittel wegen ungiltiger Veräußerung. Es ist deshalb auch auf den Artikel Cura zu verweisen.

BB. Heutiges Recht.

In Bezug auf das Recht des Vormundes, das Vermögen seines Mündels zu veräußern, sind in Teutschland im ganzen die Grundsätze des römischen Rechtes angenommen. Es bedarf daher jede freiwillige Veräußerung von Mündelgut der Ertheilung eines obrigkeitlichen Veräußerungsdecretes. Dies mußte wenigstens seit der Zeit in Teutschland allgemeines Recht werden, seit die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32, §. 3 den Vormund verpflichtet hatte, in dem Vormündereide auch anzugeloben, „daß er die Güter (seiner Pflegekinder) nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselben ohne Vorwissen, Erkenntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschwehren" solle. Manche Particularrechte gehen aber in diesem Punkte noch weiter als das römische Recht, theils dadurch, daß sie außer der obrigkeitlichen Erlaubniß auch noch die Genehmigung des Familienrathes zur Veräußerung fordern [2716]), theils insofern, daß sie auch zur Veräußerung solcher Sachen, welche sich nicht leicht aufbewahren lassen, die Genehmigung der Obrigkeit oder des Familienrathes verlangen [2717]). Von dem Grundsatze des römischen Rechtes, daß die Obrigkeit zur Veräußerung von Immobilien nur im Falle der Nothwendigkeit ihre Erlaubniß ertheilen darf, weichen die Particularrechte insofern, als sie die Veräußerung schon dann gestatten, wenn dieselbe offenbar zum Nutzen des Mündels gereicht [2718]), so allgemein ab, daß man hierin wohl die Anerkennung eines teutschen gemeinen, vom römischen Rechte abweichenden Gewohnheitsrechtes finden darf, obwohl allerdings die meisten Juristen in Ermangelung einer ausdrücklichen particularrechtlichen Vorschrift das römische Recht für anwendbar halten. Aber auch abgesehen von jenem Gewohnheitsrechte ist die Anwendung des römischen Rechtes, nach welchem es gar nicht möglich ist, durch Verpfändung eine große Sicherheit für baares Geld zu erwirken (schon wegen der gesetzlichen Hypotheken), wenigstens da fraglich, wo das Hypothekenwesen neu organisirt und dadurch es möglich geworden ist, für angelegtes Geld eine fast unbedingte Sicherheit zu gewinnen. Auch gestatten die neueren Civilgesetzbücher die Veräußerung wegen eines

---

2716) Würtemberg. Landesordn. Tit. Der fahrenden Haab u. s. w.

2717) Würtemberg. Landesordn. a. a. O. Frankfurter Reform. VII, 4, §. 13.

2718) Hessen-Darmst. Verordn. v. 1. Febr. 1630. Würtemberg. Verordn. v. 12. Juni 1688. Baireuth. Polizeiordn. v. 1746 Tit. 14, §. 6. Cod. Max. Bav. civ. I. 7. §. 13. nr. 4. Kurpfälz. Vorm.-O. §. 9. Nassau. Vorm.-Instruct. §. 9. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 79 lit. a. Hamb. Vorm.-O. v. 1831 Art. 42. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 16, §. 3. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 2, §. 21. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 25. Altenburg. Landesordn. P. III. Nr. 13, S. 613. Vorm.-O. §. 19. Rudolst. Vorm.-O. §. 24.

erheblichen offenbaren Nutzens als Regel[2719]) und verlangen höchstens noch Genehmigung des obervormundschaftlichen Decretes durch die über dem Vormundschaftsgerichte stehende höhere Instanz[2720]). — Nach dem römischen Rechte ist nicht jede Obrigkeit zur Ertheilung des Veräußerungsdecretes befugt, sondern nur diejenige, welche durch ein ausdrückliches Gesetz hierzu ermächtigt ist, weil die Ertheilung dieses Decretes nicht zu den regelmäßigen in der iurisdictio begriffenen Befugnissen gehört[2721]). Heutzutage sind aber alle gerichtlichen und sonstigen Behörden, denen die Obervormundschaft obliegt, hierzu berechtigt. Im concreten Falle ist aber immer nur die Behörde, welche die Obervormundschaft über den Mündel, dessen Gut veräußert werden soll, führt, für zuständig zur Ertheilung des Decretes zu halten, da die letztere offenbar ein Ausfluß der ihr anvertrauten Fürsorge für den Mündel und der Oberaufsicht über den Vormund ist[2722]). Es ist daher unrichtig, wenn Manche den Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit das zu veräußernde Grundstück liegt, als solchen ebenfalls oder gar ausschließlich für zuständig halten[2723]). — Nach römischem Rechte ist es nicht nöthig, daß der Vormund die ihm gestattete Veräußerung des Mündelgutes im Wege der öffentlichen Versteigerung vornehme, wenn er nur den wahren Werth zu erlangen strebt. Da dies aber am passendsten durch öffentliche Versteigerung geschehen kann, so geschah wohl auch bei den Römern die Veräußerung gewöhnlich in dieser Form[2724]). In Teutschland haben jedoch Viele deren Beobachtung sowohl bei unbeweglichen als bei beweglichen Mündelgütern für nothwenig gehalten, daß die Unterlassung die Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge haben soll[2725]). Bei beweglichen Sachen dies für gemeines Recht mit Kraut zu halten, ist kein Grund vorhanden, da der wahre Werth ebensogut erlangt werden kann, wenn die Sache taxirt und nicht unter dem Taxwerthe aus freier Hand verkauft wird[2726]). Auch bei Grundstücken kann die Veräußerung im Wege der öffentlichen Versteigerung, obgleich die Praktiker sie häufig für

2719) Preuß. Landr. II, 18, §. 555—565. Anh. §. 161—163. Oesterreich. Gesetzb. §. 232. Code civil art. 457.

2720) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 16, §. 3. Hannov. Verordn. v. 19. März 1787. Preuß. Landr. II, 18, §. 556.

2721) Rudorff Bd. 2, S. 420 flg.

2722) Mehrere Particulargesetze erklären ausdrücklich nur die obervormundschaftliche Behörde zur Ertheilung des Decretes für befugt. Kgl. sächs. Vorm.-O. §. 3, 8. Hamb. Vorm.-O. Art. 43. Altenb. Vorm.-O. §. 19. Goth. Patent v. 31. Sept. 1785.

2723) J. B. Stryk, Us. mod. Pand. 27. 9. §. 4. Diese Ansicht ist auch im Cod. Max. Bav. civ. I. 7. §. 13. nr. 5. angenommen.

2724) Erwähnt wird sie bei der Veräußerung von Mündelgut in L. 7. §. 8. D. 4. 4. L. 7. C. si adv. fisc. II. 36. (37.)

2725) Philippus, de subhastat. cap. 2. comm. 2. nr. 1.

2726) Auch die Particularrechte fordern die öffentliche Versteigerung nicht unbedingt. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 16, §. 1. Preuß. Landr. II, 18, §. 441—448. Oesterreich. Gesetzb. §. 231. Lüb. Vorm-O. v. 1820 §. 54. Bremer Vorm.-O. v. 1826 §. 58. Hamb. Vorm.-O. v. 1831 Art. 44.

nothwendig erklären[2727]) und manche Gesetze dies auch bestimmen[2728]), nicht für gemeinrechtlich gehalten werden, da viele andere Particularrechte die Versteigerung entweder überhaupt nicht verlangen[2729]) oder doch nur dann, wenn das zu veräußernde Grundstück einen gewissen Werth erreicht[2730]) und ein innerer Grund dafür nicht vorliegt, da nach der täglichen Erfahrung der wahre Werth durch Subhastation nicht immer ausgemittelt und bei dem Privatverkaufe oft ein weit höherer Preis erlangt wird. Selbst da, wo die Gesetze unbedingt die Subhastation bei der Veräußerung unbeweglicher Mündelgüter verlangen, sind doch die Gerichte genöthigt, in einzelnen Fällen Ausnahmen davon zu machen[2731]) oder es ist auch ausdrückliche Dispensation davon verstattet[2732]). Am zweckmäßigsten ist daher wohl die Vorschrift der neueren Gesetzbücher, welche zwar die Subhastation zur Regel machen, aber die Gerichte ermächtigen, aus wichtigen Gründen auch einen Verkauf aus freier Hand zu gestatten[2733]).

D. Consumtion der Obligationen des Pfleglinges.

AA. Römisches Recht.

1) Annahme von Zahlungen. Auch über die Obligationen des Pfleglinges stehen dem Vormunde alle mit den Regeln einer verständigen Administration vereinbaren Dispositionen zu[2734]). Hieher gehört erstlich die Befreiung der Schuldner des Pfleglinges durch Annahme von Zahlungen. Eine wirksame Zahlung an den Vormund beruht auf folgenden Voraussetzungen: 1) Der Vormund muß das ius exigendi haben. Dieses hat in der Regel jeder Vormund mit voller Administration[2735]), während bei unvollständiger Administration oft nur Schulden, deren Verjährung droht, eingezogen werden dürfen. Der Empfänger muß aber rechtmäßiger Vormund (verus tutor s. curator) sein. Die Zahlung an einen falsus tutor befreit nämlich den Schuldner nur, wenn das Geld wirklich in das Vermögen des Pfleglinges gekommen ist[2736]). Nur wenn der falsus tutor während seiner Verwaltung

2727) Carpzov, Jurispr. Lib. V. resp. 72. Wernher, Obs. for. P. I. obs. 210. P. III. obs. 22..

2728) Z. B. würtemb. Stat. für Vormünder Cap. 3, §. 4, 11. Nassauer Vorm.=Instruct. §. 9. Altenb. Vorm.=O. §. 19. Rudolst. Vorm.=O. §. 24. Bernb. Circ. v. 18. Juli 1820.

2729) Beispiele solcher Particularrechte führt an Kraut Bd. 2, S. 149, N. 19.

2730) Z. B. Magdeb. Polizeiordn. Cap. 43, §. 28.

2731) Vgl. z. B. für Nassau Flath, Entscheidungen des herzogl. nassau. OAGerichtes Th. 1, S. 87 flg.

2732) Altenb. Vorm.=O. §. 19. Rudolst. Vorm.=O. §. 24. Bernb. Circ. v. 18. Juli 1820.

2733) Oesterreich. Gesetzb. §. 232. Preuß. Landr. II, 18, §. 550, welcher die Regel, §. 568—587, welche die Ausnahmen enthalten.

2734) L. 22 C. II. 3. L. 46. §. 7. D. 46. 3.

2735) L. 14. §. 5. 7. L. 100. D. 46. 3.

2736) L. 14. §. 2. L. 28. 34. §. 4. D. 46. 3. L. 31. §. 6. D. 3. 5.

Obligationen auf eigenen Namen einging, können die Schuldner ihm giltig Zahlung leisten, vorausgesetzt, daß sie es nicht im bösen Glauben, d. h. nicht mit dem Bewußtsein thaten, daß der falsche Vormund kein ius administrationis habe, welchenfalls sie wenigstens bei dessen Zahlungsunfähigkeit nicht befreit werden würden[2737]). Aber auch dem rechtmäßigen Vormunde darf die Verwaltung nicht untersagt sein; an den abgesetzten, abwesenden oder relegirten Vormund, nachdem an die Stelle des letzteren ein Anderer gesetzt worden ist, ist keine giltige Zahlung möglich[2738]). Ist der Vormund peinlich angeklagt oder als suspect postulirt, so befreit auch schon während des Processes, obschon er die Verwaltung noch hat, nur die im guten Glauben geschehene Zahlung[2739]). Auch ist an den Vormund einer gewissen Region in der Regel nur in dieser giltig Zahlung zulässig, außer wenn er sich die Zahlung in der fremden Region ausdrücklich bedungen hat[2740]). Tutores honorarii und notitiae causa dati können wirksam Zahlung annehmen, weil auch sie verantwortliche Stellvertreter des Pfleglinges sind[2741]). 2) Die Zahlung muß in der gehörigen Form geschehen, das ältere Recht verlangt hierzu nichts weiter, als die gewöhnliche Form der auctoritas, des Consenses und der gestio[2742]), und ein obrigkeitliches Decret war nur insofern wichtig, als der Minderjährige, welcher auf Befehl des Prätors ohne Consens eines Curators Zahlung empfing, dagegen keine Restitution hat[2743]). Nach einer Verordnung Justinian's hingegen soll die Zahlung erst nach Erlaubniß durch ein obrigkeitliches Decret geschehen. Bei Versäumniß dieser Form kann der Pflegling, wenn er das Geld verschwendet oder durch Diebstahl verloren hat, es zum zweiten Male einklagen; nur wenn er das Geld noch liegen hat oder durch dasselbe bereichert worden ist, steht ihm die doli exceptio entgegen. Diese Form ist aber nur bei Rückzahlung von Kapitalien nothwendig. Zahlungen von Renten und Pachtgeldern sind lediglich nach älterem Rechte zu beurtheilen; Zahlungen von Zinsen erfordern nur dann ein obrigkeitliches Decret, wenn sie von zwei oder mehreren Jahren rückständig sind und zugleich über 100 aurei betragen[2744]).

2) Acceptilationen, Cessionen und Novationen. Etwas anders als mit der Annahme von Zahlungen verhält es sich mit formellen Verträgen über Obligationen des Pfleglinges. 1) Acceptilationen sind niemals möglich, wenn sie eine Schenkung enthalten. Aber auch wenn sie blos feierliche Quittungen sind, kann sie nur der

---

2737) L. 88. D. 46. 3.
2738) L. 14. §. 2—4. D. 46. 3.
2739) L. 45. D. eod.
2740) L. 100. D. eod. L. 47. §. 2. D. 26. 7.
2741) L. 14. §. 1. 6. D. 46. 3.
2742) Gai. II. 83—85. §. 2. Inst. II. 8.
2743) L. 7. §. 2. D. 4. 4.
2744) L. 25. C. V. 37.

Pflegling selbst unter auctoritas tutoris vornehmen[2745]. Eine schriftliche Quittung kann der Vormund giltig ertheilen[2746]. Das rücksichtlich der Acceptilation Gesagte fällt heutzutage weg. 2) Cessionen der Obligationen des Pfleglinges können, wie die Ernennung eines Procurators überhaupt[2747], durch auctoritas, aber nicht durch gestio geschehen, da der Vormund nicht dominus actionum ist. Heutzutage ist dies anders, da die gestio die regelmäßige Form der vormundschaftlichen Verwaltung ist. 3) Novationen und Delegationen der Forderungen den Pfleglinges sind dem Vormunde gestattet[2748].

BB. Heutiges Recht.

Da durch die Vorschrift des römischen Rechtes, welche zur Annahme von Zahlungen von Seiten des Vormundes ein obrigkeitliches Decret fordert, ein redlicher Zahler leicht in Schaden kommen kann, so haben die neueren Vormundschaftsordnungen meistens mit Recht vorgeschrieben, daß der Vormund zur Empfangnahme der Zahlung keines solchen Decretes bedarf und auch die Pfleglinge gegen den Schuldner, welcher dem Vormunde Zahlung geleistet hat, nicht restituirt werden soll[2749]. Bei Staatspapieren, bei welchen die Bezahlung ihres Werthes meistens blos durch Veräußerung derselben sich erreichen läßt, ist wohl mehr der Gesichtspunkt einer eigentlichen Veräußerung, als der der Empfangnahme einer Zahlung festgehalten und daher dazu ein obrigkeitliches Decret nothwendig[2750]. Da dem Vormunde keine Veräußerung ohne obrigkeitliche Genehmigung zusteht, so bedarf er derselben auch zu Vergleichen und Nachlaßverträgen[2751].

Sechste Abtheilung. Proceßführung.

A. Römisches Recht[2752].

AA. Recht zur Proceßführung[2753]. Ueber das ius oder die potestas agendi, d. h. über das Recht des Vormundes, die dem Pfleg-

2745) L. 1. C. de acceptilat. (VIII. 43. (44.))

2746) L. 46. §. 5. D. 26. 7. L. 19. §. 1. D. 46. 4.

2747) L. 11. C. de procurat. (II. 12. (13.))

2748) L. 22. D. 26. 7. L. 20. §. 1. L. 34. §. 1. D. 46. 2. L. 96. pr. D. 46. 3.

2749) Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 54. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 48. Dagegen behält die kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 15, §. 12 bei Kapitalzahlungen über 100 Thaler, die Altenb. Vorm.-O. §. 17 bei allen Hauptstämmen im wesentlichen das römische Recht bei.

2750) Z. B. nach der Hamb. Vorm.-O. Art. 48.

2751) Lüb. Vorm.-O. §. 61. Weimar. Instruction für Vormünder vom 26. März 1835 § 16. Eisenach. Vorm.-O. §. 14. Altenb. Vorm.-O. §. 20. Rudolst. Vorm.-O. §. 26.

2752) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 176—180.

2753) Dig. 26. 7. (De administratione et periculo tutorum vel curatorum qui gesserunt vel non et) de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. Cod. V. 40. Si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possint.

linge zustehenden Accusationen, Actionen, Stipulationen und Nunciationen im Namen desselben entweder selbst anzustellen oder unter seiner Genehmigung anstellen zu lassen, enthält das römische Recht folgende Grundsätze: 1) Das ius agendi hat nur ein rechtmäßiger wirklicher Vormund. Ein Nichtvormund kann weder selbst klagen, noch einen Actor auf seine Gefahr bestellen lassen[2754]), ist aber deshalb auch nicht wegen Unterlassung der Proceßführung verantwortlich[2755]). Klagt er dennoch, so steht ihm nicht nur eine dilatorische Einrede, die exceptio, „extra quam si tutor non est" entgegen[2756]), sondern er deducirt auch nichts in das iudicium, und die ihm geleistete stipulatio iudicatum solvi wird nicht committirt[2757]). 2) Auch unter den wirklichen Vormündern haben nur die mit vollem Administrationsrechte und außerdem der Concurscurator das Recht selbst oder durch einen Actor zu klagen[2758]). 3 Sind mehrere generelle Vormünder bestellt, so hat nur derjenige, we hem die Administration decernirt ist, nach dem Edict das ius agendi; sind mehrere gerentes ernannt, so hat es jeder Einzelne in solidum, sowie er auch allein die Defension übernehmen kann[2759]). 4) Ist die Tutel nach Regionen oder Geschäftszweigen getheilt, so kann der Tutor nur die zu seinem Ressort gehörigen Klagen anstellen. Im entgegengesetzten Falle steht ihm wieder eine dilatorische Einrede entgegen[2760]) und die ihm geleistete stipulatio iudicatum solvi wird nicht committirt[2761]). Auf der anderen Seite ist aber die unter den Vormündern angeordnete Theilung dem Gegner im Processe in seinen Rechten durchaus unschädlich[2762]). Klagt also der rechte Vormund einer bestimmten Region, so kann der Beklagte aus einer Gegenforderung, welche sich auf eine andere Region bezieht, ihm Compensation entgegensetzen[2763]). Ebenso kann umgekehrt der Kläger den partiellen Vormund aus einem Geschäfte verklagen, welches sich auf die andere Region bezieht[2764]). Nach einer Verordnung Constantin's soll die Denunciation im Processe nur an den betreffenden Tutor geschehen oder, wenn im Namen des Pfleglinges geklagt wird, von diesem ausgehen, damit die Vormünder anderer entfernterer Provinzen nicht ohne Noth vor Gericht erscheinen müssen. Im Justinianeischen Rechte, wo die Proceßdenunciationen verschwunden sind, ist diese Verordnung auf die damals gewöhnliche Insinuation der Klage bezogen worden[2765]).

2754) L. 31. §. 6. D. 3. 5.
2755) L. 39. pr. §. 12. D. 26. 7.
2756) L. 2. C. V. 45.
2757) L. 3. §. 4. 5. D. 46. 7.
2758) Siehe den Artikel Cura a. a. O. S. 177.
2759) Siehe ebendas. S. 177.
2760) L. 4. D. 26. 7.
2761) L. 3. §. 7. D. 46. 7.
2762) L. 36. D. 26. 7.
2763) L. 36. cit.
2764) L. 47. §. 7. D. eod.
2765) L. 1. §. 1. Th. C. II. 4. i. e. L. 2. C. V. 40.

BB. Pflicht zur Proceßführung[2766]).

CC. Pflichten während des Processes[2767]).

DD. Wirkungen der Proceßführung[2768]).

B. Heutiges Recht.

Heutzutage handelt der Vormund auch in Processen seines Mündels regelmäßig allein und er darf auch vor der Litiscontestation einen Procurator bestellen, für welchen meistens der römische Name actor beibehalten ist. Der Einholung obervormundschaftlicher Genehmigung zur Führung eines Processes für den Mündel bedarf es nach römischem Rechte nicht, und dies ist auch in Teutschland gemeinrechtlich. Manche Particularrechte erklären sie aber für nöthig[2769]), was umsomehr gerechtfertigt ist, als der Mündel nicht allein durch Processe, welche der Vormund leichtsinnig beginnt, leicht in großen Schaden kommen kann, sondern es auch bekannt ist, wie oft die Vormünder Dritte mit unnützen oder offenbar ungegründeten Processen belästigen und auch die Vormünder nicht selten aus zu großer Aengstlichkeit einen Proceß anfangen zu müssen glauben, welchen sie, wenn sie bei der obervormundschaftlichen Behörde hätten anfragen müssen, unterlassen haben würden.

Siebente Abtheilung. Verbotene Geschäfte des Vormundes.

Da über die Verbote des Kaufes vom Pfleglinge, des Erwerbes von Forderungen gegen den Pflegling und der eigenen Benutzung der Mündelgelder von Seiten des Vormundes bereits an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden ist, so ist darauf zu verweisen[2770]).

Achte Abtheilung. Rechnungsführung und Rechnungsablegung.

A. Rechnungsführung.

Der Vormund muß, wie jeder Verwalter fremden Vermögens, schon während seiner Verwaltung gehörige Rechnung führen (rationes conficere) und von Zeit zu Zeit ablegen (rationes reddere)[2771]). In ersterer Beziehung hat der Vormund folgende Rechnungen und Bücher anzulegen und fortzuführen: 1) rationes actus sui oder rationum, d. h. Rechnungsbücher über Einnahme und Ausgabe, entweder in Form eines

---

2766) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 177 flg.

2767) Siehe ebendas. S. 178.

2768) Siehe ebendas. S. 178—180.

2769) Z. B. preuß. Landr. II, 18, §. 501—520. Hannov. Vorm.=Instruct. v. 1801 §. 71—76. Weim. Vorm.=Instruct. v. 1835 §. 16. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 26. Goth. Verordn. v. 22. Jan. 1847. Altenb. Vorm.=O. §. 20. Rudolst. Vorm.=O. §. 26. Andere Particularrechte verlangen die obervormundschaftliche Genehmigung nur in bedenklichen Fällen. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 2, §. 25. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, S. 615.

2770) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 162, 163.

2771) L. 1. §. 3. D. 27. 3. L. 41. 46. §. 5. D. 26. 7. L. 1—4. C. V. 53.

bloßen fortlaufenden Journales oder besser sogleich in der Gestalt einer formirten Rechnung. 2) Calendarium pupilli, d. h. das Schuldbuch über die ausstehenden Forderungen des Pfleglinges.

B. Rechnungsablegung.

AA. Römisches Recht. Nach römischem Rechte fand eine Rechnungsablegung (rationum redditio) bei der Tutel erst nach beendigter Verwaltung statt; während der Vormundschaft konnten jedoch die Mitvormünder Einsicht der Rechnungen verlangen. Diese Rechnung wurde aber nicht an die Obrigkeit, sondern an den Mündel selbst oder an dessen Vertreter abgelegt und wenn dies nicht oder nicht in der gehörigen Maße geschah, mit den gewöhnlichen Klagen aus der Vormundschaft erzwungen[2772].

BB. Aelteres teutsches Recht. Vgl. besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. B. AA. Nr. 5.

CC. Heutiges Recht. In beiden Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 ist zwar gleichförmig der Grundsatz ausgesprochen, daß der Vormund jährlich der Obrigkeit Rechnung ablegen müsse, ohne einer Mitwirkung der Verwandten dabei zu gedenken. Sie weichen aber darin von einander ab, daß nach der ersteren der Vormund nur dann jedes Jahr Rechnung abzulegen braucht, wenn die Obrigkeit ihn dazu auffordert („auff Forderung der Obrigkeit"), während er nach der letzteren „jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sonder auch selbst, vermög seines anbefohlenen Ampts, auch geleisteter Pflicht und Eydt, gebührlich Rechenschaft anbieten und thun" soll[2773]. In dieser Gestalt ist jener Grundsatz jetzt die gemeinrechtliche Regel, von welcher auch in den Particularrechten nur wenige Abweichungen vorkommen. Zu diesen Abweichungen gehört, daß einige Particularrechte bei der an die Obrigkeit abzulegenden Rechnung auch Zuziehung der nächsten Verwandten des Mündels verlangen[2774]. Weit seltener ist es, daß die Obrigkeit überhaupt während der Dauer der Vormundschaft keine Rechnungsablegung verlangen kann, sondern nur die Verwandten des Mündels oder der Mitvormund sie zu fordern haben[2775]. Ferner fordern die Particularrechte nicht immer jährliche Rechnungsablegung, sondern haben wenigstens für gewisse Fälle längere Termine dafür bestimmt oder auch die Rechnungsablegung während der Dauer der Vormundschaft ganz erlassen[2776]. Auch wird bei ganz unbedeutendem Vermögen der Obrig-

2772) L. 9. §. 4. D. 27. 3. L. 14. C. V. 37.

2773) Reichspolizeiordn. v. 1548 Tit. 31, §. 3, v. 1577 Tit. 32, §. 3.

2774) Z. B. Frankf. Reform. VII, 11, §. 14.

2775) Das Erstere findet sich z. B. in dem Hamb. Stat. v. 1603 III, 6, 18 und in Bayern bei Siegelmäßigen; s. Cod. Max. Bav. civ. I. 7. §. 16. nr. 3., daß in der Regel nur dem Mitvormunde jährlich Rechnung abgelegt werden muß, findet sich in der Hamb. Vorm.-O. v. 1832 Art. 20, 54.

2776) Cod. Max. Bav. civ. I. 7. §. 16. nr. 2. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 69. Würtemb. Verordn. v. 10. Septbr. 1803. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 49. Altenb. LO. P. III. Nr. 13, S. 633.

keit allgemein verstattet, den Termin für die Rechnungsablegung zu erweitern, theis zur Kostenersparniß, theils weil die jährliche Rechnungsablegung hier für die Sicherheit des Mündels nicht so nöthig ist, wie bei bedeutenderem Vermögen. Ebenso fällt die Rechnungsablegung dann weg, wenn das Einkommen der Unmündigen zur Bestreitung ihres Unterhaltes nicht ausreicht und entweder der Mutter oder einem Dritten anstatt des Kost- und Erziehungsgeldes hat überlassen werden müssen[2777]. Einige Particularrechte befreien überhaupt diejenigen Vormünder, welche den Nießbrauch am Mündelvermögen haben, von der Rechnungsablegung[2778]. Auch muß gemeinrechtlich dem Erblasser des Pflegebefohlenen, wenn er demselben mehr als den Pflichttheil hinterläßt, das Recht eingeräumt werden, hinsichtlich des von ihm dem Mündel hinterlassenen Vermögens dem Vormunde die Rechnungsablegung zu erlassen. Die Particularrechte erkennen diese Befugnisse bisweilen ausdrücklich an[2779], bisweilen legen sie aber auch überhaupt dem Vater das Recht bei, dem von ihm ernannten testamentarischen Vormunde die Rechnungsablegung zu erlassen[2780], zuweilen machen sie endlich jene Befugniß von gewissen Voraussetzungen abhängig[2781]. Eine solche Bestimmung des Erblassers oder Vaters schließt aber natürlich die allgemeine Aufsicht der Obrigkeit über den Vormund nicht aus, welche daher vermöge derselben, bei vorliegenden dringenden Gründen, dennoch für berechtigt gehalten werden muß, auch während der Dauer der Vormundschaft von dem Vormunde Rechnungsablegung zu verlangen[2782]. Dagegen kommt eine Befreiung des Vormundes von der Rechnungsablegung, wenn er nächster Erbe des Mündels ist, wie der Sachsenspiegel sie kennt, wohl nirgends mehr vor. Zwar hat in Sachsen jene Befreiung lange bestanden. Denn obschon im späteren Mittelalter auch in den Ländern sächsischen Rechtes der Grundsatz der übrigen teutschen Rechte, daß der Vormund nicht blos den Erben seines Mündels, sondern dessen nächsten Verwandten überhaupt Rechnung abzulegen habe und also auch als nächster Erbe seines Mündels zur Rechnungsablegung verpflichtet sei, geltend geworden war, so gingen doch die sächsischen Juristen, weil sie den Sachsenspiegel als geschriebenes Recht betrachteten und nach den damaligen Ansichten von

2777) Preuß. Landr. II, 18, §. 652. Hannov. Vorm.-Instruct. v. 1801 §. 94. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 70.

2778) Eisenach. Vorm.-O. v. 1686 §. 15. Goth. LO. P. III. Nr. 2, §. 27. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 27. Altenb. LO. P. III. Nr. 13, S. 616. Altenb. Vorm.-O. §. 24.

2779) Preuß. Landr. II, 18, §. 681—683. Oesterreich. Gesetzb. §. 238.

2780) Altenb. Vorm.-O. §. 24. Auch in Frankfurt steht dem Vater diese Befugniß zu; s. Orth, Anm. z. Frankf. Reform. Forts. 3, S. 63. Bender, Frankf. Privatr. S. 80.

2781) Z. B. kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 5, §. 6, welche dazu Genehmigung des Oberrichters fordert.

2782) Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 95. Siehe auch preuß. Landr. II, 18, §. 694.

einer diesem entgegenstehenden Praxis nichts wissen wollten, auf denselben wieder zurück. Sie brachten das römische Recht damit in Verbindung und behaupteten, daß ein Vormund, welcher nächster Erbe des Mündels sei, nicht jährlich, sondern erst bei Beendigung der Vormundschaft Rechnung ablegen müsse. Dieser Grundsatz ging nun auch in die Praxis über und hat sich auch in derselben trotz einer entgegenstehenden Constitution des Kurfürsten August von 1572 bis zur Vormundschaftsordnung vom 10. October 1782 erhalten. Erst durch diese wurde er auch in Sachsen gänzlich verdrängt, indem sie im Cap. 17, §. 1 „alle Vormünder und also auch die Mutter und nächsten Anverwandten" zur jährlichen Rechnungsablegung verpflichtet[2783]. — Weil der Vormund heutzutage jährlich Rechnung ablegen muß, während das römische Recht ihn erst bei Beendigung der Vormundschaft dazu verpflichtet, so können natürlich auch die damit zusammenhängenden Bestimmungen des letzteren jetzt nicht mehr Anwendung finden. Dahin gehört, daß, während die actio tutelae nach römischem Rechte erst nach Beendigung der Vormundschaft angestellt werden kann[2784], sie heutzutage schon während der Dauer derselben zulässig ist, soweit sie auf Rechnungsablegung und Ersatz des durch die Schuld des Vormundes verursachten Schadens geht. Natürlich kann sie aber nicht von dem Mündel selbst, sondern nur von den Mitvormündern oder von denjenigen, welchen die Rechnung abzulegen ist, angestellt werden. Es kommt aber selten zur Anstellung dieser Klage, da der Vormund durch die Obrigkeit schon von Amtswegen zur

---

2783) Die Const. elect. Saxon. 11. P. II. v. 1572 enthält in der Ueberschrift „Ob die Verordnungen derer Sächsischen Rechte, daß die Vormünder ihrer Mündlein nächsten Erben Rechnung thun sollen, nicht allein in legitimis, sondern auch in testamentariis vel dativis tutoribus Statt haben soll." Das Gesetz selbst lautet also: „Es ist nach Sachsen-Recht ein Zweifel gewesen, ob die tutores testamentarii et dativi, nicht weniger, als die legitimi, jährliche Rechnung zu thun schuldig, und ob nun wohl diesem also; dieweil aber dennoch biß anhero berührtes Sachsen-Recht auf alle Vormünder ohne Unterscheid durch einen Brauch aus gleichen Ursachen extendiret und erstrecket worden, und damit darinnen fortan desto mehr Gewißheit gehalten werde, so ordnen und setzen Wir solches hiermit und Krafft dieser Constitution und wollen, daß alle Vormünder, ohne Unterscheid, jährlich ihrer Verwaltung halben, Rede und Antwort geben, auch gebührliche Rechnung thun sollen." Das Gesetz ist dadurch merkwürdig, daß es nach der Ueberschrift nur die nächsten Erben des Mündels als diejenigen bezeichnet, welchen jährliche Rechnung zu legen sei, und dann die Verpflichtung zur Rechnungslegung an diese auf Vormünder aller Art erstreckt, mithin eine vom Sachsenspiegel abweichende Praxis bezeugt und deren Beibehaltung für die Zukunft anordnet. Ueber die Geschichte der Streitigkeiten der sächsischen Juristen über diesen Gegenstand s. Berlich, Conclus. practicab. P. II. Concl. 12. nr. 5 sq. Dennoch erhielt sich in Sachsen fortwährend jener Grundsatz des Sachsenspiegels. Stryk, Us. mod. Pand. 27. 3. §. 3. Dies erklärt sich aus dem großen Ansehen Carpzov's (Iurispr. for. P. II. Const. 11. def. 3.), welcher die im sächs. Landr. B. 1, Art. 23 bestimmte Befreiung des Vormundes, wenn er zugleich der nächste Erbe des Mündels ist, als ein ius speciale durch die allgemeine Vorschrift der Constitution für nicht aufgehoben ansah.

2784) §. ult. Inst. I. 20. L. 1. §. ult. L. 4. pr. D. 27. 3.

Rechnungsablegung und zum Ersatze des durch seine Schuld verursachten Schadens angehalten werden muß.

Fünfter Abschnitt. Klagen aus der Vormundschaft.

Erste Abtheilung. Actiones negotiorum gestorum.

A. Actiones directae.

1) Begriff und Arten. a) Actio rationibus distrahendis[2785]). Schon nach allgemeinen Grundsätzen entstehen aus der bloßen Thatsache der Verwaltung fremder Angelegenheiten auch ohne vorhergehenden Contract (ex re, ex administratione, quasi ex contractu) wechselseitige Verbindlichkeiten zwischen dem Principal und dem Verwalter, welche mit der actio negotiorum gestorum directa und contraria geltend gemacht werden können. Zwar finden diese Grundsätze auch in den Fällen einer unfreiwilligen Verwaltung Anwendung[2786]); es haben aber diese Fälle so viel Eigenthümliches[2787]), daß jene allgemeine Klage hier sehr bedeutende Modificationen erlitten hat. Es entstehen nämlich im vorliegenden Falle aus derselben Obligation, nämlich dem Quasicontracte der administratio mehrere Klagen, eine specielle, die anderen generelle. Die erste, die actio rationibus distrahendis, ist eine Klage auf den doppelten Werth der Sachen oder Gelder, welche der administrirende Vormund unterschlagen hat[2788]). Der Name ist nur auf die Auseinandersetzung des Pfleglinges und des Tutors wegen ihres Eigenthums und ihrer Forderungen zu beziehen[2789]) und gleich der actio rerum amotarum und dem crimen expilatae hereditatis als ein allgemeinerer und mildernder Ausdruck für eine Handlung zu betrachten, welche bei anderen Personen vielleicht als Diebstahl gegolten hätte, bei dem administrirenden Vormunde aber nur als perfidia betrachtet werden kann[2790]). Die Klage ist bereits in den 12 Tafeln begründet[2791]). Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Klage sind die Ansichten sehr

---

2785) Dig. 27. 3. De (tutelae et) rationibus distrahendis (et utili curationis causa) actione.

2786) L. 3. §. 10. D. 3. 5.

2787) L. 20. C. de negot. gest. (II. 18. (19.)) L. 1. §. 9. D. 27. 5. L. 1. C. V. 28. L. 5. D. 27. 8.

2788) L. 1. §. 19—24. L. 2. D. 27. 3. Sie ist nicht, wie man früher den Namen deutete (Cujac. ad Paul. II. 30. Schulting, Notae ad Digesta T. IV. p. 473. Bynkershoeck, Observat. VI. 8.) eine Klage wegen verfälschten Rechnungen, de rationibus distractis i. e. conturbatis (s. Heineccius ad Brisson. s. v. Distrahere), noch auch, wie manche neuere Juristen angenommen haben, eine Klage auf Rescission absichtlich falsch abgelegter Rechnungen (actio rationibus discutiendis, dispungendis, rescindendis).

2789) Brisson. de verbor. significat. s. v. distrahere N. III.; so sagt man distrahere societatem, communionem, negotium u. s. w.

2790) L. 55. §. 1. D. 26. 7. Vgl. Rudorff Bd. 3, S. 3. Zum Theil hat diese Erklärung schon Kellinghusen in Oelrichs Thes. diss. belg. Vol. II. T. II. nr. 1. p. 9 sq.

2791) L. 55. §. 1. cit.

verschieden. Nach der Behauptung Mancher[2792]) soll sie, weil die römischen Pönalklagen weggefallen seien, heutzutage nur noch auf den einfachen Sachwerth angestellt werden können. Dagegen halten Andere sie noch jetzt auf das Doppelte für zulässig[2793]), weil die Reichsgesetze[2794]) die Strafen des gemeinen Rechtes bei der Rechnungsablegung des Vormundes bestätigt haben und überdies die Strafe des doppelten Sachwerthes hier die Stelle des Interesse vertrete. Ausdrücklich abgeschafft ist diese Klage nicht; sie ist aber fast überall dadurch außer Gebrauch gekommen, daß der Vormund in einem solchen Falle gewöhnlich von Amtswegen gestraft und abgesetzt wird und, da nach unseren heutigen Grundsätzen Niemand mit doppelten Strafen belegt werden darf, sie daneben nicht für zulässig gehalten wird[2795]). Würde man sie noch für anwendbar halten, so tritt doch heutzutage jedenfalls die Abweichung vom römischen Rechte ein, daß, während sie nach dem letzteren erst nach Beendigung der Vormundschaft angestellt werden kann, sie jetzt schon während der Dauer der Vormundschaft zulässig ist.

b) Actio tutelae und utilis curationis causa[2796]). Außer der speciellen actio rationibus distrahendis entstehen aus der Vormundschaft auch noch generelle Klagen, welche jedoch verschieden sind, je nachdem der verwaltende Vormund Tutor oder Curator ist. 1) Gegen den verwaltenden Tutor hat der Pflegling die actio (arbitrium, iudicium) tutelae directa. Die Klage ist ihrem Ursprunge nach eine Civilklage, da sie aus einer civilis obligatio entspringt. Ihr Vorkommen im Edict[2797]) ist daraus zu erklären, daß dasselbe statt der älteren legis actio eine Formel für diese Klage aufstellen mußte. Nach ihrem Umfange ist diese Klage ein generale iudicium, welches sämmtliche aus der Verwaltung der Tutel herrührende Verbindlichkeiten auf Einmal umfaßt[2798]). Es beruht dies auf der Ansicht der Römer, daß der Quasicontract des Tutors nicht in der Uebernahme des Amtes im ganzen, sondern in jedem Administrationsacte insbesondre enthalten sei, daß aber alle diese einzelnen Obligationen am Ende der Amtsführung in einer einzigen gemeinschaftlichen Klage zusammengefaßt werden. Dies war wenigstens die Ansicht von Sabinus und Cassius, und diese ist im Justinianeischen Rechte die herrschende[2799]). Zu gleicher Zeit ist diese Klage ein arbitrium, d. h. ein iudicium pecuniae incertae[2800]),

2792) Z. B. Thibaut, Pandektenrecht §. 540.

2793) Z. B. Glück, Erläut. der Pand. Bd. 33, S. 224 flg. Rudorff Bd. 3, S. 4.

2794) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32, §. 3.

2795) Kraut Bd. 2, S. 159 und die daselbst in Note 24 Angeführten.

2796) Dig. 27. 3. De tutelae (et rationibus distrahendis) et utili curationis causa actione. Cod. Gregor. VI. 18. Cod. V. 51. Arbitrium tutelae.

2797) L. 1. D. 27. 3. ist aus Ulp. lib. 36. ad Edictum.

2798) L. 38. pr. D. 17. 2.

2799) L. 37. pr. D. 26. 7.

2800) Cic. pro Rosc. Com. cap. 5. Rubr. Cod. V. 51. Arbitrium tutelae. L. 28. §. 2. D. 49. 1. L. 12. D. 46. 6.

mit dem besonderen Zusatze ex fide bona, oder ein bonae fidei iudicium [2801]). 2) Gegen den Curator hat der Pflegling die utilis curationis causa actio als Generalklage, welche nicht eine eigentliche oder erweiterte actio tutelae, sondern eine bloße Anwendung der ganz allgemeinen actio negotiorum gestorum ist [2802]).

c) Actio utilis adversus cessantes [2803]). Nach älterem römischem Rechte fand nicht blos die actio rationibus distrahendis, sondern auch die actio tutelae und utilis curationis causa nur gegen den Vormund statt, welchen die Tutel oder Cura wirklich gerirt hatte [2804]), was wohl auf der ursprünglichen Natur der Tutelklagen beruhte, welche als actiones negotiorum gestorum eine wirkliche Verwaltung voraussetzen [2805]). Seitdem aber die tutoris datio nicht mehr auf der lex Atilia beruhte, sondern theilweise den Consuln übertragen war, konnte ein zum gerens bestimmter Vormund, welcher sich der Administration überall nicht unterzog, deshalb von den Angehörigen des Pupillen bei den Consuln verklagt werden, welche hierauf ein Verfahren extra ordinem gegen ihn einleiteten und im Falle seiner Schuld im Decret dahin erkannten, daß er auf eigene Gefahr mit der Verwaltung zögere („periculo suo eum cessare"). In Folge eines solchen Präjudicialerkenntnisses konnte ihn der Pupill wegen unterlassener Administration wirksam mit einer actio tutelae utilis belangen [2806]). Als Marcus Aurelius einen eigenen Tutelarprätor niedersetzte und das Rechtsmittel der bei demselben anzubringenden Excusationen näher bestimmte, erließ er auch über das periculum allgemeinere Bestimmungen, indem er verordnete, daß jeder in Rom bestellte Tutor, welcher nach erhaltener Kenntniß von seiner Ernennung innerhalb der gesetzlichen Excusationsfristen sich nicht entschuldigt, sofort die Verwaltung übernehmen, im Unterlassungsfalle aber ebenso behandelt werden solle, wie früher diejenigen behandelt wurden, rücksichtlich deren die Consuln erkannt hatten, daß sie auf eigene Gefahr zögerten [2807]). Seit dieser Verordnung wurde es Sache der juristischen Theorie, die Bedingungen und Folgen des periculum cessationis näher zu bestimmen. Letztere bestehen darin, daß nun auch ohne vorheriges Präjudicialdecret gegen den ungehorsamen Tutor oder Curator eine actio tutelae s. negotiorum gestorum utilis auf das Interesse stattfindet [2808]), so daß seit dieser Erweiterung der actio tutelae zwischen

---

2801) Cic. de off. III. 17. Gai. IV. 62. §. 28. Inst. IV. 6.

2802) Das Weitere über diese Klage siehe im Artikel Cura Bd. III, S. 180 flg.

2803) Dig. 26. 7. De (administratione et) periculo tutorum et curatorum, qui gesserint, vel non etc. Cod. V. 55. Si tutor vel curator non gesserit.

2804) L. 1. §. 19. L. 2. pr. D. 27. 3. — L. 4. §. 3. D. 46. 6. L. 5. §. 3. L. 39. §. 11. D. 26. 7. L. 37. §. 1. D. 27. 1. — L. 4. §. 7. D. 46. 6.

2805) Gai. I. 190. 191.

2806) Vat. Fragm. §. 156.

2807) Vat. Fragm. l. c. L. 1. §. 1. D. 26. 7.

2808) L. 37. D. 27. 1. L. 4. §. 3. 7. D. 46. 6. L. 39. §. 11. D. 26. 7.

den Klagen aus unfreiwilliger und freiwilliger Geschäftsführung ein neuer Hauptunterschied eingetreten ist.

d) Actio protutelae[2809]). Hat ein verus tutor oder curator, nicht wissend, daß er Vormund ist, das Vermögen eines Pflegebefohlenen verwaltet, so sind die Grundsätze der bisherigen Klagen nicht anwendbar, weil einen Nichtwissenden kein periculum cessationis treffen kann. Noch weniger kann die actio tutelae oder curationis causa directa oder utilis gegen einen falsus tutor oder curator stattfinden, welcher die Geschäfte eines Schutzbedürftigen besorgt hat. In beiden Fällen möchten demnach die allgemeinen Grundsätze der gewöhnlichen actio negotiorum gestorum anwendbar erscheinen. In der That wendet das römische Recht diese Grundsätze an, wenn entweder die Absicht des Geschäftsführers nicht auf eine vormundschaftliche Verwaltung, sondern auf bloße negotiorum gestio ging[2810]), oder wenn wegen der Persönlichkeit des Principals keine vormundschaftliche Verwaltung denkbar, sondern nur eine gewöhnliche Geschäftsführung möglich war[2811]). Sobald aber die Absicht des Geschäftsführers auf eine vormundschaftliche Verwaltung gerichtet ist (si quasi tutor s. curator, pro tutela, pro tutore prove curatore, animo tutoris negotia gessit)[2812]) und der dominus wirklich noch einen Vormund nöthig hat, findet nicht die gewöhnliche actio negotiorum gestorum, sondern eine besondere actio protutelae oder pro tutore prove curatore negotiorum gestorum statt[2813]), welche hinsichtlich des Umfanges der Gefahr von jener sehr verschieden ist. Nach dem Berichte Ulpian's hat der Prätor deshalb für beide Fälle eine Klage aufgestellt, damit der Beklagte nicht nur dann, wenn er verus tutor wäre, sondern auch im Falle obwaltender Zweifel über die Rechtsgiltigkeit seiner Bestellung wirksam belangt werden könne[2814]).

2) Von den Personen in den vormundschaftlichen Klagen. a) Vom Gerichtsstande. Alle die vormundschaftlichen Klagen haben in Ansehung des Gerichtsstandes einige gemeinsame Eigenthümlichkeiten. 1) Die erste Eigenthümlichkeit betrifft das forum und ist eine Begünstigung des Klägers. Obwohl nämlich der Kläger den Beklagten in dessen allgemeinem Gerichtsstande zur Verantwortung ziehen kann, so kann es doch dem Pfleglinge wegen des letzteren Beweises und der Kosten halber wünschenswerth sein, im forum gestae administra-

---

2809) Dig. 27. 5. De eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit. Cod. V. 45. De eo, qui pro tutore negotia gessit.

2810) L. 4. 6. D. 3. 5.

2811) Z. B. weil der dominus noch ungeboren ist (L. 24. D. 27. 3.) oder bereits die Pubertät oder Volljährigkeit erreicht hat. L. 1. §. 6. D. 27. 5. Paul. Sent. I. 4. 2.

2812) L. 1. §. 5—7. L. 3. D. 27. 5. L. 25. D. 27. 3. Cf. Paul. Sent. I. 4. 8.

2813) Paul. Sent. I. 4. 8. L. 4. C. V. 34. L. 4. C. V. 28. L. 1. §. 6. D. 27. 5.

2814) L. 1. pr. D. 27. 5.

tionis, d. h. am Orte der geführten Verwaltung gegen den Vormund zu klagen. In diesem Falle muß sich der Vormund vor den Gerichten dieses Ortes, auch wenn sie nicht seine ordentlichen sind, schon deshalb auf das iudicium einlassen, weil die Verwaltung in ihrem Bezirke eine stillschweigende Provocation auf sie enthält. Im Falle des Ungehorsams kann missio in bona gegen ihn verfügt werden[2815]). 2) Eine andere Eigenthümlichkeit bezieht sich auf das iudicium und ist zugleich zum Vortheile des beklagten Vormundes. Sind nämlich der Vormünder oder ihrer Erben mehrere, so soll der Magistrat auf Antrag des wegen der Zahlungsunfähigkeit der anderen zuerst in Anspruch Genommenen oder auch von Amtswegen gegen alle Einen iudex bestellen, was auf kaiserlichen Constitutionen beruht, welche schon zur Zeit der Gordiane altes Recht waren[2816]). In der neueren Proceßtheorie hat man daraus ein forum connexitatis causarum abgeleitet.

b) Vom Kläger. Die Bestimmung des Klägers bei den vormundschaftlichen Klagen ist sehr einfach. 1) Alle genannten Klagen stehen nämlich zunächst demjenigen zu, dessen Vormundschaft der Beklagte verwaltet hat, wobei es sich von selbst versteht, daß derselbe, wenn er eines Vormundes bedürftig ist, auch hier von einem besonders bestellten oder von einem Mitvormunde des Abgehenden vertreten werden oder mit dessen Beistand handeln muß. 2) Demnächst stehen diese Klagen auch den Intestat- oder Testamentserben aus dem eigenen oder dem Pupillartestamente und allen anderen Successoren zu, auf welche das Vermögen, wozu die actio gehört, übergeht[2817]), mehreren natürlich nach Verhältniß ihrer Erbtheile.

c) Vom Beklagten. *α*) Ueberhaupt. Ebenso einfach sind die allgemeinen Regeln über den Beklagten. 1) Sämmtliche Klagen aus der vormundschaftlichen Geschäftsführung finden als directe Klagen nur unter der Voraussetzung statt, daß der Beklagte die Verwaltung wirklich geführt hat. Als gerirend gilt der Beklagte auch schon dann, wenn er nur eine einzelne Angelegenheit besorgt hat; denn bekümmert er sich nun auch nicht ferner um die Verwaltung, so kann er doch nicht nur tutelae belangt, sondern auch als suspect postulirt werden. Auch ist es nicht nöthig, daß er in eigener Person gerirte; er wird auch dann, wenn er einen Anderen mit der Verwaltung beauftragte oder sie ihm gegen Caution überließ und dieser wirklich gerirte, als gerirend betrachtet[2818]). Ebenso ist es gleichgiltig, ob er freiwillig oder in Folge rechtmäßig von der Obrigkeit ausgeübten Zwanges die Verwaltung übernahm. 2) Neben dieser allgemeinen Voraussetzung aller vormund-

2815) L. 2. §. 3. L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. L. 45. pr. D. 5. 1. L. 54. §. 1. D. 3. 3. L. 1. C. III. 21. Nov. 69. pr. cap. 1.

2816) L. 2. D. 11. 2. L. 5. C. V. 51. L. 6. D. 27. 7.

2817) L. 1. §. 17. 23. D. 27. 3. L. 12. C. V. 51. L. 33. §. 2. D. 26. 7. L. 19. §. 2. D. 26. 2. L. 4. C. IX. 51.

2818) L. 5. §. 1—3. L. 55. pr. §. 2. D. 26. 7.

schaftlichen Klagen hat jede einzelne noch ihre besondere. Die actio rationibus distrahendis findet gegen den iustus tutor, d. h. jeden rechtmäßigen Tutor statt[2819]; sie ist aber auch auf den iustus curator minoris[2820]) und nach einem Rescript der Divi Fratres auch auf den curator reipublicae ausgedehnt worden[2821]). Die actio tutelae wird nur gegen einen wirklichen Pupillentutor, aber auch schon dann gegeben, wenn er blos auctorirt oder blos gerirt hat[2822]). Die actio curationis causa findet nur gegen einen Curator statt. Die actio protutelae oder pro curatore negotiorum gestorum greift gegen denjenigen Platz, welcher pro tutore die Angelegenheiten eines Pflegebefohlenen besorgt, d. h. gegen einen wirklichen Vormund (verus tutor s. curator), welcher aber von seiner Bestellung keine Kenntniß hat, mithin für kein periculum cessationis haften kann[2823]), sowie gegen einen Nichtvormund (falsus tutor s. curator), welcher sich der vormundschaftlichen Verwaltung unterzog. 3) Seitdem indessen Marcus Aurelius die actio tutelae und negotiorum gestorum allgemeiner gemacht hat, kann auch ein nicht gerirender Vormund unter folgenden Voraussetzungen belangt werden; a) Der Vormund muß verus oder iustus tutor s. curator sein[2824]). Ein ungiltig ernannter Vormund[2825]), welcher mit der Uebernahme der Verwaltung zögert, trägt das periculum cessationis nicht. Selbst wenn der Testator Soldat war, wird das Gegentheil nicht angenommen; denn die Vorrechte der Soldaten beziehen sich nur auf das Vermögen, während die Bestellung des Vormundes vermöge der väterlichen Gewalt erfolgt, und sind ohne Nachtheil für Dritte[2826]). Hat freilich ein solcher Nichtvormund sich einmal in die Verwaltung eingemischt, so haftet er wegen der späteren Cessation in der actio protutelae wenigstens insoweit, als ein Anderer die Verwaltung fortgesetzt haben würde. Auch ist ihm nach erhaltener Kenntniß davon, daß er nicht Tutor ist, die Niederlegung nicht eher erlaubt, als bis er die Verwandten des Pupillen aufgefordert hat, diesen einen Tutor zu erbitten[2827]). Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Magistrat den ungiltig gegebenen testamentarischen Vormund confirmirt hat, weil er durch die Confirmation ein giltiger Tutor

---

2819) L. 1. §. 19. D. 27. 3.

2820) Paul. Sent. II. 30. §. 1.

2821) L. 9. §. 4. D. 50. 8.

2822) L. 18. pr. D. 26. 7. vgl. mit L. 17. D. 26. 8.

2823) L. 3. D. 27. 5. L. 3. §. 5. D. 46. 7.

2824) L. 1. §. 9. D. 27. 8. Vat. Fragm. §. 228.

2825) z. B. ein vom Vater im Testamente ernannter Curator, ein von der Mutter, der Patrona oder dem sonstigen Erblasser oder demjenigen, von welchem das Vermögen herrührt, gesetzter testamentarischer Tutor oder Curator oder ein in einem ungiltigen letzten Willen ernannter Vormund. L. 40. D. 26. 7. L. 1. C. V. 29. L. 1. C. V. 28. Nov. 117. cap. 1. §. 1. L. 32. D. 27. 1. L. 58. §. 2. D. 26. 7.

2826) L. 40. D. 26. 7.

2827) L. 1. §. 9. D. 27. 5. L. 39. §. 9. D. 26. 7. L. 20. C. de negot. gest. (II. 18. (19.))

wird[2828]). b) Der Vormund muß zum gerirenden Vormunde bestimmt sein. Die von ihm noch nicht geleistete Caution oder noch nicht bewirkte Aufnahme eines Inventars entschuldigt ihn nicht, weil er wenigstens diejenigen Angelegenheiten, zu denen kein ius alienandi nöthig ist, z. B. Erwerb der bonorum possessio, schon vorher vornehmen konnte[2829]). c) Der Vormund muß seine Bestellung erfahren haben, indem er erst von dieser Zeit an zum gerere verpflichtet ist, mithin ihm sein Ungehorsam von da an erst zur Last gelegt werden kann[2830]). Der testamentarische Vormund ist also nicht schon mit dem Erbschaftsantritte oder, wenn dies venit, der gesetzliche nicht schon mit dem Tode des Erblassers, der obrigkeitlich bestellte nicht schon mit dem Dasein des Decretes[2831]) zu administriren verbunden, sondern seine Verbindlichkeit beginnt erst nach erhaltener Kenntniß aller dieser Thatsachen. Auf die Art, wie er diese Kenntniß erlangt hat, kommt nichts an[2832]). Zwar haben die höheren Magistrate den Vormündern von Amtswegen die Uebernahme der Tutel nach dem früher Bemerkten anzubefehlen und nach einer Verordnung von Marcus Aurelius sollen die Municipalbehörden binnen 30 Tagen abwesende Vormünder von ihrer Bestellung förmlich benachrichtigen[2833]). Auch können die Angehörigen des Pfleglinges vor Gericht oder vor Zeugen (testato) ihnen die Ernennung anzeigen. Aber auch jede nicht förmliche Benachrichtigung hat mit einer feierlichen gleiche Wirkung[2834]). Der Beweis der Thatsache der Bekanntmachung liegt dem Pupillen im iudicium tutelae utile ob[2835]). Wenn jedoch der Vormund behauptet, ungeachtet der Bekanntmachung von seiner Bestellung nichts erfahren zu haben, so kann er nicht blos, sondern er muß sogar diesen Gegenbeweis führen[2836]). Nach heutigem Rechte kommt es bei allen Arten von Vormündern ohne Unterschied des Grundes, aus welchem sie zur Vormundschaft berufen worden, lediglich auf den Zeitpunkt an, wo ihnen die obrigkeitliche Bestätigung als Vormünder durch die Obrigkeit selbst bekannt gemacht worden ist. β) Verhältniß mehrerer Beklagter. αα) Solidarische Convention. Bei dem Verhältnisse mehrerer Mitvormünder ist wieder zwischen den speciellen und den generellen Klagen zu unterscheiden: 1) In der actio rationibus distrahendis haftet jeder einzelne Thäter solidarisch, jedoch so, daß die Zahlung des Doppelten von Seiten des Einen die Anderen

---

2828) L. 40. D. 26. 7. L. 1. C. V. 29. L. 58. §. 2. D. 26. 7.
2829) L. 5. C. V. 42.
2830) L. 6. C. V. 62. L. 8. C. V. 37. L. 5. C. V. 38.
2831) L. 45. §. 1. D. 27. 1. — L. 6. D. 26. 4. — L. 17. D. 26. 7. L. 5. §. 10. D. eod. L. 8. fin. C. V. 37.
2832) L. 5. §. 10. D. 26. 7.
2833) L. 29. D. 26. 5.
2834) L. 5. §. 10. D. 26. 7.
2835) L. 6. D. eod.
2836) L. 5. C. V. 38.

befreit[2837]). 2) Bei den generellen Klagen tritt bei mehreren Contutoren die Verpflichtung des Einen, für Alle einzustehen (mutuum, vice mutua, invicem, soliditatis, universi, commune periculum) nur dann ein, wenn ihm in Rücksicht seiner Verwaltung oder Aufsicht eine Verschuldung zur Last fällt[2838]). Wenn dennoch andere Stellen Ausdrücke, wie duo debitores eiusdem pecuniae oder duo rei eiusdem debiti auf dieses Verhältniß anwenden, so sehen sie dabei mehr auf das Object, als auf den Grund der Leistung. Der Grund der Leistung ist verschieden, insofern jeder nur wegen seiner Culpa haftet; das Object wird aber gewöhnlich dasselbe sein, indem jeder, obschon nur wegen seiner Verschuldung, doch für den anderen Vormund mit zahlen muß[2839]). Nähere Bestimmungen dieses vice mutua periculum sind folgende: a) Das mutuum periculum tritt für alle Vormünder ein, so lange sie im Amte sind. Ungiltig bestellte Vormünder, wenn sie sich nicht einmischen, haften nicht für einander[2840]). Mischen sie sich ein, so haften sie freilich für einander, weil auch dem Protutor zum Vorwurfe gereicht, daß er für den Pupillen keine wirklichen Vormünder erbeten hat[2841]). b) Von den giltig bestellten Vormündern tragen aber nicht nur die gerentes, sondern auch die honorarii und participes das vice mutua periculum. Doch finden zwischen den ersteren und den beiden letzteren einige wichtige Unterschiede statt, von welchen der eine den später zu erwähnenden ordo conventionis, der andere die Art der Culpa betrifft. c) Das mutuum periculum tritt nur ein, wenn der Contutor im Augenblicke der Beendigung der Tutel zahlungsunfähig ist, so daß die Erben des Zahlungsfähigen und die Vormünder selbst, wenn sie nach der Pubertät die Verwaltung fortsetzen, nicht ferner für dasselbe haften[2842]). Den Beweis der Zahlungsfähigkeit hat aber der Beklagte zu führen[2843]) d) Das mutuum periculum setzt irgend eine Verschuldung des Beklagten voraus[2844]); denn da der Vormund überhaupt keinen casus trägt, so trifft dieser ihn auch nicht hinsichtlich der Contutoren. Der Beklagte muß also entbunden werden, wenn z. B. der Contutor, welchem er die Verwaltung anvertraute, unverdächtig war, wenn später keine Veranlassung zur genaueren Untersuchung der Vermögensumstände des Collegen vorlag oder wenn ein zahlungsfähiger College plötzlich zahlungsunfähig wird[2845]). Die Art und Weise jener Verschuldung ist aber bei den

2837) L. 55. §. 1. D. 26. 7. L. 1. §. 21. D. 27. 3.
2838) L. 12. D. 46. 6. L. 31. D. 26. 7.
2839) L. 38. 45. D. 26. 7. L. 2. C. V. 52.
2840) Vat. Fragm. §. 228.
2841) L. 39. §. 9. D. 26. 7.
2842) L. 1. C. V. 52. L. 31. 39. §. 10. L. 53. D. 26. 7. L. 5. C. V. 36. L. 1. C. quo quisque ordine. (XI. 36. (35.))
2843) L. 3. C. IV. 19.
2844) L. 41. D. 26. 7.
2845) L. 8. C. V. 37. L. 29. §. 1. D. 27. 1. L. 14. 55. §. 4. D. 26. 7. (Ueber L. 14. vgl. Ribbentrop, Correalobligationen S. 65, N. 7.)

verschiedenen Vormündern verschieden. Mehreren gerentes nämlich, welchen individuum officium übertragen war, haften schon wegen bloßer contumacia und müssen mithin für jeden Schaden, welchen die Collegen durch Ungeschick, Vergehen, ja sogar durch unverschuldete Unwissenheit verursachen, wenn derselbe durch eigene fleißige Administration des Beklagten abzuwenden gewesen wäre[2846]), haften. Dieses periculum wird durch eine bloße Privatübereinkunft, wodurch Einer zum gerens ernannt oder die Tutel getheilt wird, nicht aufgehoben[2847]). Ist dagegen Einer unter den Tutoren honorarius, so haftet er nur wegen versäumter Aufsicht bei Uebertragung und Verwaltung der Vormundschaft, kann sich folglich durch den Beweis einer fleißigen Aufsichtsführung befreien[2848]). Ganz ähnlich ist das Verhältniß des notitiae causa datus, nur daß dieser auch administrans und für seinen Rath verantwortlich ist. Ist endlich die Tutel rechtmäßig getheilt, so haftet jeder particeps für seine Region wie ein administrans[2849]), für die fremde aber etwa wie ein honorarius, d. h. er ist nur dann verantwortlich, wenn er für die fremde Region, während sie ohne Vormund war, imputabler Weise keinen Vormund erbat[2850]) oder wenn er ihm Mittheilungen über sein Ressort zu machen unterließ[2851]) oder wenn er ihn zahlungsunfähig werden ließ. Dasselbe Verhältniß gilt unter Tutoren und curatores ad augmentum, sowie wenn an die Stelle eines verstorbenen testamentarischen Tutors die Magistratus einen anderen ernennen[2852]). e) Ein hiernach schuldig befundener Contutor hat das Ganze, also auch den Verlust der actio tutelae gegen den Contutor zu ersetzen (desiisse solvendo esse contutorem vel non esse, praestare debet)[2853]), mithin dieselben Zinsen zu zahlen, welche er von seiner eigenen Verwaltung zu entrichten hatte[2854]). f) Ist nun aber der Kläger oder sein Erbe wegen dieser seiner Forderung voll befriedigt (si satisfactum est), so werden sämmtliche Beklagte befreit[2855]). Eine solche vollständige Befriedigung liegt aber nur in der Zahlung der ganzen Summe oder des ganzen Judicates von Seiten des einen Beklagten[2856]), so daß die übrigen nun auch nicht mehr wegen ihrer eigenen oder gemeinschaftlichen Arglist oder Administration in Anspruch genommen werden können. Eine Remission durch Testament, Vergleich

---

2846) L. 14. 38. pr. §. 1. L. 39. §. 11. L. 55. §. 3. D. 26. 7. L. 2. C. V. 55.

2847) L. 2. 3. C. V. 52.

2848) L. 3. §. 2. L. 55. §. 4. D. 26. 7.

2849) L. 2. C. V. 52. L. 9. §. 8. L. 55. pr. in fin. D. 26. 7. L. 6. D. 27. 7.

2850) L. 9. §. 9. L. 39. §. 7. D. 26. 7. L. 5. D. 27. 8.

2851) L. 47. D. 26. 7.

2852) L. 9. §. 5. L. 46. §. 6. D. eod.

2853) L. 55. §. 4. D. 26. 7.

2854) L. 7. §. 14. D. eod. L. 2. C. V. 56.

2855) L. 45. fin. D. eod. L. 15. D. 27. 3. L. 13. §. 4. D. 20. 1.

2856) L. 76. D. 46. 3. L. 15. 21. D. 27. 3. L. 1. C. V. 58. L. 25. D. 26. 7.

oder pactum enthält dagegen nur eine beschränkte Satisfaction. Denn dadurch wird zwar der Liberirte selbst, soweit er liberirt ist, frei[2857]), und auch die übrigen können bis soweit aus seinen Handlungen nicht mehr wirksam belangt werden, so daß die Liberation, abgesehen davon, daß sie per exceptionem wirkt, bis soweit der Satisfaction ähnlich ist[2858]). Soweit er aber nicht liberirt ist und wegen eines gemeinschaftlichen dolus oder gemeinsamer Verwaltung, sowie wegen eigener Administration und Culpa können ungeachtet der Liberation die Contutoren immer noch in Anspruch genommen werden[2859]). Ebensowenig bringt die Litiscontestation (conventio) oder Verurtheilung des einen Tutors eine Liberation der übrigen mit sich[2860]), obgleich dieses bei Bürgen vor Justinian der Fall war[2861]). ββ) Beneficium ordinis. Neben dieser solidarischen Convention treten verschiedene Milderungen ein. Zu diesen gehört zunächst ein gewisser substitutionis ordo[2862]) oder, nach dem Kunstausdrucke der Neueren, das beneficium ordinis s. excussionis[2863]). Hat nämlich unter mehreren solidarisch bestellten Vormündern einer gerirt, die übrigen aber nicht, so können die letzteren nach dem Muster mehrerer Bürgen und Magistratus, vermöge kaiserlicher Constitutionen[2864]) vorherige Ausklagung des gerirenden Vormundes und dessen Erben verlangen[2865]). Nähere Bestimmungen dieses Satzes sind: 1) Dieses Recht hat vor Allen der tutor honorarius, aber auch diejenigen, welche ohne Genehmigung der Obrigkeit einen gerens aus ihrer Mitte gewählt oder sich selbst von der Verwaltung dispensirt haben[2866]). Der honorarius kann aber noch Ausklagung der Bürgen und Magistratus verlangen, während in den übrigen Fällen nur die Ausklagung des gerens statthaft ist. 2) Das Recht steht aber nur den cessirenden Vormündern hinsichtlich der gerirenden zu. Als cessirend gilt aber nicht derjenige Vormund, welcher einen anderen mit der Verwaltung beauftragte oder ihm solche gegen Caution überließ; er

2857) L. 41. D. 26. 7.

2858) L. 45. D. eod. In der Mitte dieser Stelle ist mit Holoander: quidam tractat zu lesen und in dem Schlußsatze (da weder Proceßverjährung, noch das biennium legis Furiae, sondern nur die exceptio pacti gemeint ist) das Wort tempore entweder mit Cuiacius, Opp. post. T. II. p. 1162. zu streichen oder vorher das Wort pubertatis einzuschalten. Die Stelle handelt von zwei Vormündern, von welchen Einer das beneficium excusionis hat. Ribbentrop, Correalobligat. S. 72—83.

2859) L. 41. D. eod. L. 1. C. II. 4. L. 15. D. 27. 3.

2860) L. 18. §. 1. L. 42. D. 26. 7. L. 1. §. 18. L. 15. D. 27. 3. L. 1. §. 43. D. 16. 3. L. 3. C. V. 52.

2861) L. 28. C. de fideiuss. (VIII. 40. (41.))

2862) L. 39. §. 11. D. 26. 7.

2863) L. 3. §. 2. L. 46. §. 6. D. eod.

2864) L. 1. §. 11. D. 27. 3. Tit. Cod. Quo quisque ordine. (XI. 36. (35.))

2865) L. 39. §. 11. L. 55. §. 2. D. 26 7. L. 2. C. V. 54. L. 2. C. V. 55. L. 8. C. V. 37. L. 1. C. V. 64. L. 3. C. V. 52.

2866) L. 3. §. 2. D. 26. 7. — L. 3. C. V. 52. — L. 8. C. V. 37.

hat also diese Rechtswohlthat nicht[2867]. Derjenige, welcher Einiges besorgte, wird nur hinsichtlich des Besorgten und des zu dessen Vollendung Gehörigen, nicht aber in Ansehung der übrigen Angelegenheiten als gerirend betrachtet[2868]. 3) Das beneficium ordinis kann nur dann geltend gemacht werden, wenn der gerirende Vormund solvend ist[2869]. 4) Die Rechtswohlthat bewirkt, daß der cessirende Vormund der actio tutelae utilis eine defensio entgegensetzen kann, welche zur Folge hat, daß die Klage so lange versagt wird[2870], bis es gewiß ist, daß der ausgeklagte gerens und dessen Erben den Kläger nicht befriedigen können[2871]. γγ) Beneficium divisionis[2872]. Eine fernere Milderung der solidarischen Convention enthält das beneficium dividendae actionis[2873], vermöge dessen mehrere Vormünder verlangen können, daß der Kläger jeden von ihnen nur pro rata belange. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: 1) Ist die Vormundschaft rechtsgiltig unter Mehrere vertheilt, so kann jeder Vormund in der Regel nur für seinen Antheil an der Verwaltung belangt werden. 2) Aber auch in Ermangelung einer juristischen Theilung der Verwaltung, also wenn die Vormünder eigentlich solidarisch haften müßten[2874], verlangt die aequitas arbitrii zuweilen eine Theilung der Klage. Haben nämlich entweder Alle gemeinschaftlich gerirt oder Alle cessirt und sind alle zahlungsfähig, so können sie, wie mehrere Bürgen, fordern, auf Virilportionen verklagt zu werden. Sind aber Einige nicht oder nicht völlig zahlungsfähig, so haben den Ausfall sofort, d. h. ohne vorherige Ausklagung der Bürgen und Magistratus, die Uebrigen zu tragen, welche aber unter sich Theilung der Klage verlangen können[2875]. δδ) Beneficium cedendarum actionum[2876]. Diese Rechtswohlthat bezweckt Cession der Klagen an den im Falle der Insolvenz solidarisch in Anspruch genommenen Vormund zum Behufe der Regreßnahme an seine Collegen. 1) Vorausgesetzt wird, daß der Beklagte nicht für seine, sondern für seiner Mitvormünder Schuld hat bezahlen müssen (depensum pro collega)[2877].

2867) L. 55. pr. §. 2. D. 26. 7. L. 2. C. V. 46. L. 38. §. 20. D. 45. 1.
2868) L. 55. §. 3. D. 26. 7.
2869) L. 2. C. V. 55. L. 3. C. V. 52.
2870) L. 8. C. V. 37.
2871) L. 6. C. V. 51.
2872) Cod. V. 52. De dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur.
2873) L. 12. D. 46. 7. L. 31. 38. pr. D. 26. 7.
2874) L. 55. pr. D. 26. 7. L. 2. pr. §. 2. C. V. 52.
2875) L. 1. §. 10—12. D. 27. 3. L. 38. pr. §. 1. D. 26. 7.
2876) Faber, Coniect. Lib. XI. cap. 9—11. v. Lindelof, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VII, S. 109—125. Rudorff, Vormundschaftsrecht Bd. 3, S. 31—38.
2877) Daher hat derjenige keinen Regreßanspruch, welcher wegen eigener contumacia auf das Ganze verurtheilt wird, da sein Geriren allein zur Abwendung alles Schadens hingereicht hätte (L. 38. §. 2. D. 26. 7.); ebensowenig derjenige, welcher aus einem gemeinschaftlichen dolus allein verurtheilt wird

2) Ist hiernach der zahlende Vormund zu einer Regreßnahme befugt, so entsteht die Frage, mit welcher Klage diese durchzusetzen sei. In Ermangelung ausdrücklichen Versprechens der Vormünder, einander schadlos halten zu wollen, hat ordentlicher Weise der Vormund selbst keine eigene Klage gegen die Uebrigen. Dagegen stehen dem Kläger mehrere Klagen gegen die übrigen Vormünder sowohl, als gegen deren Bürgen, Erben, Väter und Magistratus zu. Sobald ihm nun alle diese Klagen überflüssig werden, weil ihn der eine Beklagte vollständig klaglos stellen soll, so kann letzterer deren Abtretung verlangen[2878]. Die Cession erfolgt dadurch, daß der Beklagte zum cognitor oder procurator in rem suam bestellt wird[2879] und bewirkt, daß derselbe nunmehr mit einer intentio ex persona domini gegen sämmtliche Schuldner des Pupillen, auch die Magistratus[2880] für ihre Antheile seinen Regreß nehmen kann. Nur das privilegium exigendi der actio tutelae geht nicht mit über, weil dieses nur der Person des Pupillen und nicht einmal dessen Erben zusteht[2881]. Dieses beneficium des Vormundes beruht auf dem allgemeinen Grundsatze, daß jeder, welcher für einen Anderen bezahlen muß, von dem Gläubiger Abtretung seiner Klage gegen diesen Anderen fordern kann, weshalb denn auch der Curator, welcher von dem abgehenden Tutor zu wenig einklagte[2882], sowie der Tutor, welcher Schuldner des Pupillen auszuklagen versäumte, die Cession der actio tutelae, bezüglich der actio calendarii (d. h. der condictio aus dem arcarium nomen)[2883] verlangen darf. 3) Soll indessen diese Cession noch irgend von Nutzen sein, so muß zu der Zeit, wo sie geschieht, der Kläger noch eine Klage gegen die übrigen Vormünder oder die anderen ihm aus der Vormundschaft Verpflichteten haben. a) Hat also der Beklagte schon das Ganze, in welches er verurtheilt ist, bezahlt (si iudicatum fecit), so ist das Verlangen der Cession zu spät, weil diese Zahlung den Kläger völlig klaglos gestellt, folglich dessen Klage gegen die übrigen Vormünder zerstört hat[2884]. Es ist hier nämlich ganz anders, als in dem oben erwähnten Falle, wenn ein Curator für den Tutor oder ein Vormund für einen Schuldner zahlt. Denn im letzteren Falle existiren zwei ganz verschiedene Forderungen, von welchen die eine durch Zahlung sowie

---

(L. 1. §. 4. D. 27. 3. L. 57. D. 17. 2. L. 35. §. 2. D. 18. 1. L. 70. §. 5. D. 46. 1.). Selbst wenn der Vormund nur wegen culpa condemnirt wird und diese ihm ausschließlich zur Last fällt, hat er keinen Anspruch an seine Collegen. L. 2. C. V. 75.

2878) L. 1. §. 18. D. 27. 3. L. 2. C. V. 52. L. 1. 2. C. V. 58. L. 6. C. V. 51.

2879) L. 42. D. 26. 7. L. 1. C. V. 58.

2880) L. 3. D. 27. 8

2881) L. 42. D. 26. 7.

2882) L. 20. §. 1. D. 27. 3. citirt in L. 25. D. 26. 7. Vgl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil S. 532, 580.

2883) L. 39. §. 6. D. 26. 7. L. 95. §. 10. D. 46. 3.

2884) L. 1. C. V. 58. L. 76. D. 46. 3.

überhaupt durch Zerstörung[2885]) der anderen nicht consumirt werden kann. Hier bleibt also selbst nach der Zahlung von Seiten des Vormundes immer noch jene andere Klage, deren Cession er mithin selbst nach gänzlicher Beendigung des tutelae iudicium noch mit der contraria tutelae actio fordern kann[2886]). In unserem Falle ist es hingegen eine und dieselbe tutelae actio, welche gegen sämmtliche Vormünder zusteht. Deshalb kann der auf das Ganze Verurtheilte zwar wohl nach der Litiscontestation, ja sogar nach seiner Verurtheilung, indem er gegen die letztere appellirt und in der Appellationsinstanz doli exceptio gebraucht, die Cession fordern, weil weder durch Litiscontestation, noch durch Urtheil die Klage gegen die anderen consumirt wird; allein das nach der Zahlung des Judicates mit dem contrarium tutelae iudicium gestellte Verlangen der Cession würde verspätet sein, da dem Kläger alsdann nichts mehr zu cediren übrig bleibt[2887]). b) Ganz anders verhält es sich in dem Falle, wenn der Vormund die Forderung gegen die Uebrigen dem Kläger abgekauft hat. Ein Kauf ist aber stets anzunehmen, wenn vor der Zahlung die Forderung entweder wirklich cedirt oder doch wenigstens die Cession bedungen worden ist, worin eben der Rechtsgrund des Satzes liegt, daß in diesen Fällen die Forderung durch spätere Zahlung nicht zerstört wird[2888]). 4) Durch das beneficium cedendarum actionum wird der Forderung der Billigkeit dem für Alle verurtheilten Vormunde den Regreß gegen die Uebrigen zu verschaffen, allerdings genügt. Es sind indessen viele Fälle denkbar, in welchen theils durch die Schuld des Verurtheilten, welcher die Cession sich auszubedingen unterließ, theils ohne dieselbe, z. B. weil während seiner Abwesenheit sein Defensor das Ganze bezahlt hat, die Cession nicht mehr wirksam ist. Obgleich es in diesen Fällen an einem allgemeinen Rechtsmittel fehlt, so kann doch aus zufälligen Gründen auch hier eine Klage entstehen. Es ist nämlich denkbar, daß der Tutor, indem er zahlt, das negotium seines Contutors gerirt, was jedoch voraussetzt, daß er nur für seinen Contutor, nicht aus der gemeinschaftlichen Verwaltung, verurtheilt ist und gezahlt hat. Dann steht ihm freilich, gleich dem Bürgen, welcher für den Hauptschuldner gezahlt hat, die actio negotiorum gestorum contraria auf Ersatz seiner Auslagen zu[2889]). In den übrigen Fällen, wo es an den Bedingungen dieser Klage fehlt, z. B. wenn der Vormund ex communi gesta verurtheilt ist und gezahlt hat, stand früher keine Klage zu und es konnte nur durch Restitution geholfen werden. Nach Constitutionen von Antoninus Pius, Sept. Severus und Caracalla soll indessen hier immer utilis actio stattfinden[2890]). Hierunter ist nicht

2885) L. 23. D. 27. 3.
2886) L. 95. §. 10. D. 46. 3.
2887) L. 2. C. V. 58. L. 20. §. 1. D. 27. 3., wo statt iudicium zu lesen ist iudicatum. L. 25. D. 26. 7. L. 76. D. 46. 3.
2888) L. 21. D. 27. 3. L. 76. D. 46. 3.
2889) L. 30. D. 3. 5.
2890) L. 1. §. 13. D. 27. 3. L. 2. C. V. 58.

actio negotiorum gestorum, sondern tutelae utilis zu verstehen, wie sich theils aus den richtigen Ansichten von dem allgemeinen Verhältnisse der utiles zu der mandatae actiones, theils aus ausdrücklichen Zeugnissen[2891]) ergiebt. Das Verhältniß dieser Klage zur actio negotiorum gestorum ist übrigens nicht das, daß die letztere durch sie aufgehoben wäre, vielmehr concurriren beide electiv, sobald nur ex facto alieno gezahlt wurde, mithin die Bedingungen der actio negotiorum gestorum vorliegen. γ) Von den Successoren des Beklagten. $\alpha\alpha$) Von den Erben[2892]). Bei der Frage nach der Verpflichtung der Successoren des Beklagten sind wieder die actio rationibus distrahendis und die übrigen Klagen aus der vormundschaftlichen Verwaltung von einander zu sondern. 1) Die actio rationibus distrahendis geht nicht gegen die Erben des Vormundes, da sie eine Pönalklage ist und ein specielles Delict voraussetzt[2893]). 2) Die übrigen Klagen aus der wirklichen Vormundschaft, namentlich die actio tutelae und negotiorum gestorum dagegen stehen auch gegen die Erben zu[2894]), nicht nur, wenn wegen eines Versehens, sondern auch, wenn wegen eines dolus oder Delictes geklagt wird, weil das Delict doch wenigstens nicht speciell in der intentio hervortritt[2895]). Der nähere Umfang der Klagen hängt jedoch davon ab, ob der Erbe aus einer Succession in das iudicium oder aus einer Succession in die Obligation seines Erblassers oder aus seinen eigenen Handlungen verklagt werden soll. a) Ist gegen den Vormund selbst geklagt worden und dieser hat das iudicium schon übernommen, so wird dasselbe ganz so auf die Erben übertragen, wie es der Vormund selbst promittirt hatte[2896]). Eine wichtige Anwendung dieses Grundsatzes ist, daß die gleich zu erwähnenden Rechtswohlthaten des Erben hier wegfallen, so daß in diesem Falle auch wegen nicht errichteter und nicht vorgefundener Inventarien und Vormundschaftsrechnungen das iusiurandum in litem gegen den Erben stattfindet[2897]) und dieser auch wegen levis culpa oder negligentia des Erblassers verurtheilt werden kann[2898]). b) Wird aber erst gegen den Erben Klage erhoben, so succedirt dieser zwar nicht in das iudicium, wohl aber in die obligatio tutelae und negotiorum gestorum des Erblassers. Diese Regel hat aber, da sie in ihrer strengen Anwendung gegen die Natur der vormundschaftlichen Klagen als bonae

2891) L. 2. §. 8. 9. D. 50. 8. sagt ausdrücklich, daß dieselbe Klage, welche der Stadt gegen den Magistratus zusteht, dem Duumvir gegeben wird, welcher für seinen Collegen verurtheilt ist und gezahlt hat (dependit).

2892) Dig. 27. 7. De (fideiussoribus et nominatoribus et) heredibus tutorum et curatorum. Cod. V. 54. De heredibus tutorum et curatorum.

2893) L. 1. §. 23. D. 27. 3. Vgl. L. 49. D. 44. 7.

2894) L. 1. §. 16. D. 27. 3. (actio tutelae). L. 17. C. de negot. gest. (II. 18. (19.)) In letzterer Stelle ist die actio utilis curationis causa gemeint.

2895) L. 49. D. 44. 7. L. 12. D. eod. L. 8. §. 1. D. 27. 7.

2896) L. 8. §. 1. D. 27. 7.

2897) L. 8. §. 1. cit. L. 4. C. V. 53.

2898) L. 4. D. 27. 8. L. 39. §. 6. D. 26. 7. L. 4. C. V. 54.

fidei actiones verstoßen würde, durch Constitutionen von Caracalla und Gordian zwei wichtige Modificationen erlitten. aa) Die erste dieser Modificationen bezieht sich auf einen einzelnen Fall des dolus. Es gilt nämlich als dolus, wenn der Tutor kein Inventar errichtet und keine Rechnung geführt hat, oder wenn er das wirklich errichtete Inventar nicht herausgeben will. Die Folge davon ist, daß gegen den Tutor, wie in allen Klagen, welche ein arbitrium de restituendo oder de exhibendo haben, der Kläger zum iusiurandum in litem gelassen wird. Da nun in allen bonae fidei iudicia auch der Erbe aus dem dolus des Erblassers ganz so wie dieser belangt werden kann, so müßte der Strenge nach dasselbe auch in unserem Falle angenommen werden. Hier aber soll, wenn der Erbe nur deshalb nicht exhibirt, weil er die vormundschaftlichen Papiere im Nachlasse nicht aufgefunden hat und auch nicht weiß, wo sie sich befinden, das iusiurandum in litem wegfallen und die litis aestimatio nach dem wirklichen auf andere Weise bewiesenen Schaden des Klägers gemacht werden[2899]). Diese Begünstigung hat darin ihren Grund, daß in dem fraglichen speciellen Falle die actio tutelae in der That nur eine actio ad exhibendum oder in factum auf Urkundenedition ist, bei diesen letzteren Klagen aber aus Gründen der Billigkeit die erwähnte Milderung eintritt[2900]). Daraus erklärt es sich zugleich, warum in den übrigen Fällen des dolus die Klage auf das Ganze gegen den Erben stattfindet[2901]). bb) Eine fernere Abweichung von der Regel tritt bei levis culpa ein[2902]), indem der Erbe nicht wegen levis culpa oder negligentia des Tutors belangt werden kann[2903]). Diese Begünstigung hat wohl darin ihren Grund, daß, während der allerdings für levis culpa haftende Vormund sich mit diligentia, quam suis rebus adhibet, entschuldigen und den Beweis dieser Entschuldigung ihm selbst nicht schwierig sein kann, dem Erben dieser Beweis bei der Unbekanntschaft mit der Administration seines Erblassers so gut wie unmöglich sein würde. Wollte man demnach den Erben wegen derselben Culpa wie den Erblasser in Anspruch nehmen, so würde er weit härter behandelt werden, wozu es an jedem Grunde fehlt. Es bleibt deshalb nur übrig, den Anspruch wegen levis culpa gegen ihn ganz fallen zu lassen[2904]). c) Sollen endlich die Erben nicht aus der Succession, sondern aus ihren eigenen Handlungen belangt werden, so fragt es sich zuvörderst nach der Klage, welche dazu zustehe. Da nämlich das vormundschaftliche Amt

2899) L. 8. §. 1. D. 27. 7. L. 2. 4. 5. C. V. 53.

2900) L. 13. D. 2. 13. L. 12. §. 6. D. 10. 4.

2901) L. 39. §. 6. D. 26. 7. L. 2. C. V. 54.

2902) L. 2. 4. C. V. 54. L. 1. §. 1. D. 27. 7.

2903) L. 4. D. 27. 8. L. 17. C. de negot. gest. (II. 18. (19.)) L. 39. §. 6. D. 26. 7.

2904) Hasse, von der Culpa §. 75, S. 365 flg. Ueber L. 1. C. V. 54., welche von dieser Regel mehrere Ausnahmen enthalten soll, vgl. Faber, Coniect. iur. civ. Lib. I. cap. 12. Francke, Beiträge Abth. 1, S. 12—15. Glück, Erl. der Pand. Bd. 30, S. 269—300. Rudorff Bd. 3, S. 42—44.

selbst niemals Gegenstand der Succession sein kann, so könnte man der Ansicht sein, aus den eigenen Handlungen des Erben könne zwar wohl die gewöhnliche actio negotiorum gestorum oder, wenn seine Absicht auf Fortführung der vormundschaftlichen Verwaltung gerichtet ist, actio protutelae, niemals aber actio tutelae oder curationis stattfinden[2905]. Allein wenn auch die Tutel und Cura mit dem Tode untergeht, so bezieht sich dieser Untergang doch nur auf die eigentlichen Amtsrechte des Tutors und Curators. So hat z. B. der Erbe keine Veräußerungsbefugniß mehr und kann daher an Sachen des Mündels, welche er veräußert, kein Eigenthum übertragen[2906]. Ganz anders verhält es sich mit den Amtspflichten und der Verbindlichkeit aus der Vormundschaft. Zuvörderst ist es nämlich Regel geworden, daß der abgehende Tutor nicht nur, wenn er angefangene Geschäfte nach dem Aufhören der Vormundschaft zu Ende brachte, sondern auch wenn er sie nicht vollendete, tutelae belangt werden kann, weil das Geschäft noch als connex oder als Theil der Tutel anzusehen ist. Dasselbe muß auch vom Erben gelten, welcher mit dem Tutor als Eine Person betrachtet wird[2907], unter der Voraussetzung, daß er mündig (nach Justinian großjährig) und eine Mannsperson ist, indem Minderjährigen und Frauen die Betreibung juristischer Angelegenheiten nicht zugemuthet werden kann. Es wird aber blos die Vollendung des Begonnenen von dem Erben gefordert. Hat der Erbe freiwillig mehr gethan und die Verwaltung fortgeführt, z. B. das im Gewahrsam seines Erblassers vorgefundene Geld ausgeliehen oder Kapitalien eingehoben, welche sein Erblasser ausgeliehen hatte, oder hat er unerlaubte Handlungen begangen, z. B. vorgefundene Gelder, Inventarien und Vormundschaftsrechnungen unterschlagen, so findet wegen aller dieser Handlungen nicht blos die actio protutelae und negotiorum gestorum, sondern auch die actio tutelae gegen ihn statt[2908]. Auch aus zufälligen Gründen, nämlich durch die blos factische exhibendi und restituendi facultas wird der Erbe tutelae verpflichtet[2909], indem alle diese Handlungen und Thatsachen in der Person des Erben des Tutors, welcher mit diesem als Eine Person gilt, offenbar mit in das tutelae iudicium gehören. Dagegen würde, wenn nicht der Erbe selbst, sondern des Erben Vormund administrirt hätte, nur gegen diesen letzteren actio negotiorum gestorum[2910], und wenn der Erbe selbst eine nicht zur vormundschaftlichen Verwaltung gehörende Handlung unternommen hätte, z. B. Gelder in Besitz genommen, welche sich in des Pupillen,

---

2905) L. 6. §. 6. D. 3. 2.

2906) L. 1. C. V. 37. L. 17. C. de negot. gest. (II. 18. (19.))

2907) L. 60. D. 26. 7., wo statt eo nomine vielmehr suo nomine zu lesen ist. L. 1. pr. D. 27. 7. vgl. mit L. 40. D. 27. 2.

2908) L. 4. pr. D. 27. 7. L. 3. C. V. 54. L. 17. C. de negot. gest. (II. 18. (19.))

2909) L. 1. §. 1. D. 27. 7. L. 4. C. V. 54.

2910) L. 31. §. 5. D. 3. 5.

nicht in des Tutors Gewahrsam befanden, ebenfalls keine actio tutelae, sondern nur eine utilis actio gegen ihn stattfinden können[2911]. Soweit nun die actio tutelae gegen die Erben des Vormundes verstattet wird, hat sie dieselbe Natur, wie gegen den Vormund selbst. Insbesondre gilt das iusiurandum in litem unter denselben Voraussetzungen, nämlich wegen dolus und culpa lata in Nichtausantwortung der im Nachlasse vorgefundenen vormundschaftlichen Papiere[2912]. Ebenso tritt dieselbe Verpflichtung[2913] zur Zinszahlung ein wie bei jenen. Nur in Hinsicht auf dolus und culpa gelten auch hier folgende Eigenthümlichkeiten. Wird der Erbe wegen dolus verurtheilt, so trifft ihn keine Infamie; denn wenn er auch suo nomine verurtheilt ist, so ist er es doch nicht als Tutor und zur Begründung der Infamie muß beides zusammentreffen[2914]. Ferner hat der Erbe für negligentia, d. h. für levis culpa, nicht zu haften[2915]. Von manchen neueren Juristen wird dieser Satz zwar blos auf die Vollendung angefangener Geschäfte bezogen, während sie bei der eigenen fortgesetzten Verwaltung des Erben allerdings dessen Verpflichtung, auch für levis culpa zu haften, annehmen, da er in dieser Beziehung als negotiorum gestor oder als protutor zu behandeln sei, mithin wenigstens dieselbe fides und diligentia prästiren müsse, wie der Tutor selbst[2916]. Dieser Unterschied ist aber der historischen Ausbildung des eigenthümlichen Verhältnisses der Erben auf den Grund des iusiurandum in litem nicht gemäß und den Quellen fremd. — Der Erbe des Protutors wird wegen Unterlassung connexer Administration haften müssen, wie der Protutor selbst, wegen eigener Verwaltung nach den Grundsätzen der negotiorum gestio[2917]. Wegen Cessation aber haftet der Erbe eines falsus tutor ebensowenig wie der Erblasser selbst[2918]. *ββ*) Von anderen Successoren. Die bisher erwähnte Verpflichtung der Erben ist allein ausführlich in den Quellen behandelt. Ueber die Verhältnisse der übrigen Successoren finden sich nur zerstreute Notizen, welche sich auch nur auf die generellen Klagen beziehen, da die actio rationibus distrahendis gegen sie ebensowenig wie gegen die Erben stattfindet[2919]. 1) Im Falle der maxima capitis deminutio geht die Klage gegen den Tutor selbst unter und lebt auch nicht durch die indulgentia generalis, sondern nur durch specielle Restitution des status und des Vermögens wieder gegen ihn auf[2920]; wohl aber findet sie gegen

2911) L. 1. §. 1. D. 27. 7.
2912) L. 4. pr. D. eod. L. 1. 2. 4. C. V. 53.
2913) L. 4. §. 2. D. 27. 7. L. 7. §. 13. D. 26. 7.
2914) L. 6. §. 6. D. 3. 2. vgl. mit L. 4. D. 27. 7.
2915) L. 4. pr. §. 1. D. 27. 7. L. 4. D. 27. 8.
2916) So z. B. Sintenis, gem. prakt. Civilr. §. 150 und Note 41, Bd. 3, S. 264. S. dagegen Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 368 flg. und Rudorff Bd. 3, S. 48.
2917) L. 4. D. 27. 5.
2918) L. 8. pr. D. 27. 7.
2919) L. 1. §. 23. D. 27. 3.
2920) L. 4. C. IX. 51.

den Fiscus statt, welchem das confiscirte Vermögen anheimfällt[2921]). Ein Beispiel liefert die damnatio ad metalla, während die feindliche Gefangenschaft des Tutors, obwohl sie ihn zum Sclaven macht und die Tutel beendigt, doch nicht sofort eine Succession veranlaßt, sondern den Zustand des Vermögens unentschieden läßt, so daß die actio tutelae gegen den curator bonorum oder die freiwilligen Defensoren in demselben Maße, wie gegen den Tutor selbst erhoben werden kann[2922]). 2) Ebenso geht im Falle der media capitis deminutio oder der Publication des Vermögens ohne capitis deminutio, z. B. bei der Verurtheilung wegen vis privata, die Klage gegen den Fiscus soweit, als er das Vermögen vindicirt hat, z. B. in dem eben erwähnten Falle auf ein Drittheil[2923]). 3) Maxima capitis deminutio hebt in der Regel die Tutel mit Ausnahme der legitima nicht auf; ebensowenig geht die actio tutelae, als in bonum et aequum concipirt, durch diese capitis deminutio unter. — Die unter 1. und 2. erwähnten Fälle sind im heutigen Rechte nicht praktisch.
δ) Stellvertreter des Beklagten. *αα*) Vom Hausvater des Beklagten. Eine Vermehrung der Beklagten in der actio tutelae, negotiorum gestorum und protutelae findet auch noch in dem Falle statt, wenn der Administrator unter fremder Gewalt stand. 1) Die eigene Verbindlichkeit des Administrators anlangend, so findet, wenn derselbe als Sclave das Vermögen des Pupillen verwaltete, eine solche überall nicht statt[2924]). War der Vormund hingegen filiusfamilias, so wird er civiliter obligirt und kann mit den betreffenden Klagen direct belangt werden; nur wird er, wie aus jedem gestum während der väterlichen Gewalt, blos in quantum facere potest, verurtheilt. Dieser Grundsatz findet in dem Falle der Emancipation des Sohnes während der Dauer der Verwaltung eine merkwürdige Anwendung. Da nämlich nach der Ansicht von Sabinus und Cassius der Tutor aus jedem Acte der Verwaltung besonders verpflichtet wird, so muß er in unserem Falle offenbar aus den von ihm noch als Haussohn vorgenommenen Geschäften nur in quantum facere potest, aus den Acten hingegen, welche er bereits als homo sui iuris vollzog, in solidum verpflichtet werden[2925]). 2) Der Herr und Vater hingegen haftet als gesetzlicher Ver-

2921) L. 5. C. IX. 49.
2922) L. 7. §. 1. L. 8. D. 27. 3.
2923) L. 9. §. 6. D. eod. L. 2. C. IX. 12.
2924) L. 37. pr. §. 1. D. 26. 7.
2925) Julian in L. 11. D. 27. 3. Papinian in L. 37. §. 2. D. 26. 7. Paulus sagt zwar in L. 4. §. 1. D. 27. 3.: Filiumfamilias emancipatum si tutelam administret, etiam directo teneri Iulianus putat. Die Ausführung Julian's aber beweist, daß er blos in solidum meint. Nach der Meinung der Proculianer muß der Sohn aus der ganzen Verwaltung nur in quantum facere potest gehaftet haben, da die allein entscheidende causa obligandi, die Uebernahme der Verwaltung, in die Zeit der bestehenden väterlichen Gewalt fiel. Cuiacius ad L. 37. D. de administr. (26. 7.) in Opp. potest. T. I. p. 317 sq. - Dirksen, Beiträge Abh. 1, Cap. 1, §. 2, Nr. VI, S. 98 flg. Rudorff Bd. 2, S. 51, N. 2.

treter des Sclaven oder des Haussohnes wie für alle Handlungen desselben, so auch für dessen vormundschaftliche Verwaltung; für letztere aber nicht nach den Grundsätzen der Noxalklagen, sondern nach denen der rechtlichen Willenshandlungen, da selbst im Falle eines dolus des Sclaven oder Sohnes die eigentliche causa obligandi doch immer ein gestum bleibt[2926]. Sobald aber der Sclave freigelassen oder der Sohn emancipirt, fällt natürlich die Vertretungspflicht der späteren Handlungen desselben mit ihrem Grunde hinweg[2927]. a) Der Herr und Vater haftet demnächst zunächst de peculio, d. h. er wird wegen dessen, was der Sohn aus der Verwaltung der Tutel schuldet oder was der Sclave schuldig sein würde, wenn er ein freier Mensch wäre, in soviel verurtheilt, als nach Abzug der Forderungen des Herrn und Vaters übrig bleibt[2928]. Da der Vater nur für dasjenige haftet, was der Sohn als filiusfamilias that, nicht aber für dessen Handlungen nach der Emancipation, so gehört in die intentio die Bestimmung der Zeit, während welcher der Sohn noch als filiusfamilias administrirte, weil sonst der Vater wegen der ganzen gestio des Sohnes, soweit das peculium reicht, verurtheilt werden würde[2929]. Die Zeit, in welcher diese Klage angestellt werden muß, ist unbeschränkt, wenn zur Zeit der Beendigung der Tutel die väterliche Gewalt noch fortdauert; nur kann freilich der Tutor selbst gegen seinen Vater sie niemals anstellen, da die actio tutelae nicht, wie andere Klagen des Pupillen, vor der Pubertät gebraucht werden darf, und da nach Beendigung der Tutel der Tutor nichts mehr in iudicium deduciren, auch ohnehin nicht gegen seinen Vater klagen kann[2930]. Wird aber die Tutel erst nach der Emancipation beendigt, so ist die Klage an die Frist eines annus utilis gebunden, welche jedoch, eben weil das Jahr ein utilis annus ist und die actio tutelae während der Vormundschaft nicht gebraucht werden kann, hier nicht von der Emancipation, sondern von der Pubertät an berechnet wird[2931]. b) Außer der actio de peculio findet natürlich auch die actio de in rem verso gegen den Vater statt, soweit er aus des Sohnes vormundschaftlicher Verwaltung bereichert ist[2932]. c) Endlich haftet der Vater in solidum, wenn er nämlich in die vormundschaftliche Verwaltung des Sohnes eingewilligt oder die Tutel agnoscirt hat[2933]. Eine solche Agnition ist freilich in der Regel noch nicht in der bloßen Kenntniß des Vaters von der Tutel seines Sohnes oder in der Erklärung seiner Zufriedenheit mit diesem Amte, oder in der Ermahnung, darin gewissenhaft

2926) L. 37. §. 1. D. 26. 7.
2927) L. 37. §. 2. D. eod. L. 6. D. 27. 3.
2928) Ueber die Fassung der diesfalls abzufassenden formula siehe Rudorff Bd. 2, S. 52. Vgl. L. 52. pr. in fin. D. 15. 1. L. 1. §. 2. D. 27. 5.
2929) L. 37. §. 2. fin. D. 26. 7.
2930) L. 12. D. 27. 3.
2931) L. 37. §. 2. D. 26. 7. L. 11. D. 27. 3
2932) L. 21. D. 26. 7. L. 1. C. IV. 26.
2933) Paul. Sent. I. 4. §. 6.

und fleißig zu sein, enthalten, sondern es wird dazu eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Vaters, die Gefahr übernehmen und für den Sohn haften zu wollen, erfordert[2934]). Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der Vater in die Wahl des Sohnes als Decurio willigt und letzterem nachher in dieser Eigenschaft eine Tutel übertragen wird, indem nach dem allgemein bei der römischen Stadtverfassung angenommenen Grundsatze der Vater, welcher in den Decurionat seines Sohnes einwilligt, gleich einem Bürgen für die Ansprüche aus jedem munus publicum haften muß, welches dem Sohne als Decurio übertragen wird[2935]). — Nach heutigem Rechte ist Alles, was das römische Recht über die etwaige Verpflichtung des Herrn aus der von seinem Sclaven geführten vormundschaftlichen Verwaltung enthält, nicht mehr anwendbar. Nicht weniger muß aber auch dasjenige, was in den Lehrbüchern des Civilrechtes über die Verpflichtung des Vaters, für die vormundschaftliche Verwaltung des in seiner Gewalt befindlichen Sohnes mit der actio de peculio oder de in rem verso oder in solidum einzustehen, für unanwendbar erachtet werden. Bei den Römern konnte allerdings leicht der Fall vorkommen, daß ein filiusfamilias aus irgend einem Grunde Vormund wurde, ohne daß es der Mitwirkung der Obrigkeit dazu bedurfte, und selbst wenn es einer Mitwirkung der Obrigkeit bedurfte, z. B. wenn der filiusfamilias als testamentarischer Vormund nicht rechtsgiltig ernannt war, mithin eine Confirmation desselben verlangt wurde, konnte die Obrigkeit diese Confirmation niemals versagen, weil väterliche Gewalt niemals einem vom Sohne zu übernehmenden öffentlichen Amte, mithin auch einer Vormundschaft nicht entgegenstand. Da aber heutzutage jeder Vormund, er werde aus irgend einem Grunde zur Vormundschaft berufen, der Bestätigung durch die Obrigkeit bedarf, so würde es mit den Pflichten der Obrigkeit als obervormundschaftlicher Behörde unverträglich sein, wenn sie einen noch unter fremder Gewalt stehenden Menschen zum Vormunde bestätigen wollte, da dessen Vermögensverhältnisse für die Sicherheit des Pupillen gar keine Garantie bieten. Die actio de peculio kommt im heutigen Rechte nicht mehr vor[2936]). Das Adventitienvermögen des Sohnes, soweit dem Väter der Nießbrauch und die Verwaltung daran zusteht, bietet keine hinlängliche Garantie, da wegen der ausgedehnten Rechte des Vaters, der weder zur Caution, noch zur Rechnungsablegung verbunden ist, die Obrigkeit nicht im Voraus wissen kann, inwieweit dieses Vermögen für die vormundschaftliche Verwaltung des Sohnes Sicherheit zu gewähren vermag. Ist endlich das sog. peculium adventitium extraordinarium in Frage, so gewährt dieses zwar hinlängliche Sicherheit; es wird aber der Fall gewiß höchst selten vorkommen, daß ein volljähriger Sohn, welcher solches

2934) Beispiele in L. 7. D. 26. 1. L. 21. D. 26. 7.
2935) L. 1. C. IV. 26. L. 2. pr. D. 50. 1.
2936) Siehe den Artikel Väterliche Gewalt Bd. XII, S. 67, 68.

Vermögen besitzt, zum Vormunde bestellt wird; er wird dann in der Regel sich vom väterlichen Hause getrennt haben und so die väterliche Gewalt aufgelöst sein. Die in der römischen Städteverfassung begründete Verpflichtung des Vaters, für seinen Sohn, in dessen Wahl als Decurio er gewilligt hat, und für alle Ansprüche aus jedem dem Sohne als Decurio übertragenen munus publicum einzustehen, fällt deshalb weg, weil die römische Städteverfassung als Theil des ius peculium der Römer in Teutschland nicht recipirt ist. ββ) Von anderen Stellvertretern des Beklagten. Außer den genannten gesetzlichen Stellvertretern können noch andere gewöhnliche Defensoren des Vormundes vorkommen, deren Verhältniß nach den allgemeinen Grundsätzen der Procuratur und Defension zu beurtheilen ist.

3) Zeit der Anstellung der vormundschaftlichen Klagen. Rücksichtlich des Anfangstermines der vormundschaftlichen Klagen ist folgendermaßen zu unterscheiden: 1) Für sämmtliche Klagen aus der Tutel gilt in dieser Hinsicht die Regel, daß sie nicht vor Beendigung derjenigen Tutel gebraucht werden dürfen, aus welcher sie entstanden sind; eine Regel, welche in Bezug auf die actio rationibus distrahendis und actio tutelae directa durch die Parömie: pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse, ausgedrückt werden soll [2937]). In Anwendung dieser Regel wird daher während der Dauer der Tutel keinem unter den mehreren Tutoren im Namen des Pupillen die actio gegen den Anderen gegeben [2938]); auch braucht der Beklagte sie nicht zu übernehmen [2939]). Ebensowenig genügt die bloße Zuordnung eines Curators, um die Klage zu begründen [2940]). Dagegen kann aber, wenn der Pupill mündig geworden oder der Vormund gestorben, gefangen, capite deminuirt, einem abwesenden Tutor ein anderer Tutor substituirt oder ein nur interimistisch bis zum gehörigen Alter des legitimus tutor oder bis zum Eintritte der Beendigung der testamentarischen Tutel bestellter abgegangen ist, wirksam geklagt werden [2941]), weil in diesen und ähnlichen Fällen die Tutel wenigstens für diesen Pupillen wirklich beendigt ist, wenn sie gleich für die übrigen unmündigen Geschwister und Miterben desselben noch fortdauern sollte [2942]). Die römische Parömie: pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse, enthält, wie aus dem zuletzt Erwähnten hervorgeht, nur eine sehr ungenügende Bezeichnung unserer Regel, wie auch die römischen Juristen selbst bemerken. Denn wenn die Tutel, aus welcher die in Rede stehende actio tutelae oder rationibus distrahendis entstand, bereits beendigt ist, z. B. wenn der Pupill die actio tutelae ererbt hat, indem sein Tutor zugleich Tutor

---

2937) L. 1. §. 24. L. 4. pr. L. 9. pr. §. 4. D. 27. 3.
2938) L. 12. pr. L. 19. 32. in fin. D. 26. 7.
2939) L. 9. §. 3. D. 27. 3.
2940) Gai. I. 182. L. 9. §. 5. D. cit. L. 8. C. V. 43.
2941) L. 4. pr. L. 7. §. 1. L. 8. 9. pr. §. 3. 6. D. 27. 3.
2942) L. 30. §. 17. D. 26. 7.

seines Erblassers gewesen war oder wenn die actio tutelae aus einer früheren Geschäftsführung desselben Tutor herrührt, welcher jetzt zum zweiten Male des Pupillen Vormund geworden ist[2943]), so kann der Pupill (unter Beistand eines anderen Vormundes) diese actio tutelae ebensowohl gegen seinen jetzigen Tutor anstellen, wie etwa eine actio furti oder eine condictio aus einem vom Vater des Pupillen empfangenen Darlehn oder jede andere Klage, und jener andere Vormund ist sogar zu dieser Anstellung verpflichtet[2944]). Jener Ausdruck ist also nur richtig, wenn die Tutel, aus welcher die Klage herrührt, noch fortdauert. — Nach heutigem Rechte ist die actio tutelae schon während der Dauer der Vormundschaft zulässig, soweit sie auf Rechnungsablegung und Ersatz des durch die Culpa des Vormundes verursachten Schadens geht. Der Grund dieser Abänderung liegt in der durch die Reichspolizeiordnungen eingeführten Verpflichtung der Vormünder zur jährlichen Rechnungsablegung. Die Klage kann aber während der Dauer der Vormundschaft nicht von dem Mündel selbst, sondern nur von den Mitvormündern oder von denjenigen, welchen die Rechnung abzulegen ist, angestellt werden. Die Ablegung der Schlußrechnung kann natürlich auch heutzutage erst am Ende der Vormundschaft gefordert werden. Ebenso würde auch die actio rationibus distrahendis aus denselben Gründen, wie die actio tutelae, heutzutage schon während der Dauer der Vormundschaft zulässig sein, wenn sie nicht aus Gründen, welche schon früher erwähnt wurden, jetzt fast überall außer Gebrauch gekommen wäre. 2) Die Klagen aus der Cura können schon während der Dauer der Verwaltung gebraucht werden[2945]). 3) Die Klagen aus der Protutel können nach wie vor auch während der Administration angestellt werden[2946]).

4) Grund der vormundschaftlichen Klagen. Auch hinsichtlich des Grundes der Klagen, d. h. der demonstratio unterscheidet sich die actio rationibus distrahendis bedeutend von den generellen Klagen. 1) Die actio rationibus distrahendis bezieht sich nämlich auf eine specielle perfidia des Vormundes, nämlich auf Veruntreuung von Sachen und Geldern des Pfleglinges[2947]). 2) Die Generalklagen dagegen umfassen

2943) L. 7. pr. L. 9. §. 4. D. 27. 3.

2944) L. 9. §. 4. 7. L. 10. D. eod.

2945) L. 4. §. 3. D. 27. 8. L. 1. §. 3. D. 27. 4. Zwar scheinen L. 2. und 14. C. V. 37. zu widersprechen. Die Glosse und die ältere Doctrin halten hierdurch wenigstens bei den Curatelen auf bestimmte Zeit das ältere Recht für aufgehoben, während Andere (Schacher, Disp. de utili curationis causa actione. Lips. 1735. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 1, S. 938) sogar bei allen Curatelen die sog. generelle Klage auf Schlußrechnung erst nach Beendigung des Amtes gestatten. Allein den Worten nach ist, wie Rudorff Bd. 3, S. 59 bemerkt, offenbar nur bei der Cura über Minderjährige das ältere Recht geändert, womit auch der Umstand, daß eben nur diese Curatel sich in ihrer Natur der Tutel nähert, übereinstimmt.

2946) L. 1. §. 3. D. 27. 5. L. 26. D. 26. 7. L. 4. §. 2. D. 46. 6.

2947) L. 2 pr. D. 27. 3. L. 55. §. 1. D. 26. 7. Paul. Sent. II 30 §. 1.

Alles, was der Kläger aus der Tutel, Curatel oder Protutel der bona fides gemäß zu fordern hat. Das officium iudicis ist hier näher zu bestimmen. a) Was die eigentliche causa debendi betrifft, so kommt nur die Schuld aus der Vormundschaft selbst in das iudicium. Dieser Satz ist aber nicht so zu verstehen, als ob wegen keiner anderen Schuld des Vormundes, als wegen der durch die Vormundschaft unmittelbar contrahirten tutelae geklagt werden könne. Denn es ist zwar richtig, daß wegen dessen, was der Vormund oder dessen Vater dem Pupillen oder dessen Vater etwa aus einer Bürgschaft, einem Mandat, Commodat, Depositum, furtum, Injurie, einer früheren Vermögensverwaltung als Gestor oder Protutor oder ehe der Pupill geboren war oder aus irgend einem anderen Grunde schuldig ist[2948]), wenn der Mündel es will und dies für vortheilhafter hält, die betreffenden einzelnen Schuldklagen erhoben werden können. Zu gleicher Zeit kann aber wegen aller dieser einzelnen Posten auch tutelae geklagt werden (devolvuntur in tutelae iudicium). Denn der Tutor muß wegen der ihm als Verwalter des Vermögens obliegenden Verpflichtung, alle ausstehenden Forderungen des Mündels, sofern es einer verständigen Verwaltung angemessen ist, beizutreiben, auch seine eigenen Schulden zu dessen Kasse zahlen, besonders, wenn seine Vermögensumstände schlechter zu werden beginnen, gleichviel ob die Schuld schon fällig ist oder nicht, widrigenfalls er mit der actio tutelae für das Interesse haftet. Praktisch wichtig ist dieser Satz, weil die frühere Schuldklage oft nicht die Dauer, die Accessionen und die Privilegien im Concurse hat, wie die actio tutelae[2949]). Eine unmittelbare Folge dieses Satzes ist, daß alle jene speciellen Klagen, mit Einschluß der höchst persönlichen, obgleich der Strenge nach ihre Anstellung auch während der Tutel gegen den Tutor zulässig ist, doch zur Vermeidung unnöthiger Processe dem Pupillen versagt werden, da die actio tutelae gegen den Tutor selbst oder dessen Erben für den Kläger vollkommen ausreicht[2950]). Umgekehrt wird aus denselben Gründen die actio tutelae in die actio negotiorum gestorum devolvirt, wenn der Vormund nach geendigter Tutel die Verwaltung fortsetzt[2951]). b) Was die Dauer der Verwaltung anlangt, für welche der Vormund haftet, so kommt die ganze Zeit seiner Verwaltung in das iudicium[2952]). Kein Vormund haftet mithin für die Verwaltung seines Vorgängers. Wenn also auch ein früherer Vormund die ausstehenden Forderungen zu rechter Zeit einzuklagen unterließ, so muß der Nachfolger sie zwar übernehmen,

---

2948) L. 3. C. V. 54. L. 69. D. 46. 1. — L. 9. §. 1. D. 26. 7. — L. 5. D. 27. 3. — L. 9. §. 7. D. eod. — L. 35. §. 3. D. 3. 5. — L. 1. §. 5. D. 27. 5. L. 19. §. 2. D. 26. 2. — L. 5. §. 4. D. 26. 7.

2949) L. 69. D. 46. 1. L. 9. §. 2. D. 26. 7. — L. 9. §. 1. D. eod. — L. 35. §. 3. D. 3. 5.

2950) L. 9. §. 7. L. 10. D. 27. 3.

2951) L. 13. D. eod. Paul. Sent. I. 4. §. 2.

2952) L. 27. §. 2. in fin. D. 26. 7. L. 14. D. 27. 3.

ohne jedoch die Gefahr der Insolvenz tragen zu müssen, wenn er bereits entschieden zahlungsunfähig gewordene Schuldner übernommen hat[2953]). Ebensowenig haftet der Vormund für die Verwaltung seines Nachfolgers, welcher vielmehr mit dem Amte auch alle Gefahr desselben übernimmt, z. B. die Gefahr der Kapitalien, welche bei der Uebernahme des Amtes nicht entschieden schlecht standen und welche er deshalb unweigerlich anerkannt hat[2954]), die Gefahr der Insolvenz der Contutoren, welche zur Zeit der Beendigung der Tutel noch zahlungsfähig waren[2955]) u. s. w. Dagegen haftet der Vormund für seine eigene Verwaltung in ihrem ganzen Umfange. Seine Gefahr beginnt mit der Zeit, zu welcher er von seiner Bestellung zum Vormunde irgend woher sichere Nachricht erhalten hat (heutzutage von der Zeit an, wo ihm durch die Obrigkeit seine Bestätigung zum Vormunde bekannt gemacht worden ist) und endigt erst mit dem Aufhören seines Amtes[2956]). Wenn er also noch später als Curator oder als negotiorum gestor die Verwaltung fortsetzt, so gehört die Verantwortlichkeit aus dieser Verwaltung nicht mehr in das iudicium tutelae, sondern negotiorum gestorum[2957]), was besonders deshalb praktisch wichtig ist, weil mit der gewöhnlichen actio negotiorum gestorum Vieles nicht gefordert werden kann, worauf die actio tutelae geht. So muß z. B. der Geschäftsführer wohl das, was er selbst dem Pupillen aus der Tutel schuldet, zu dessen Kasse zahlen, und insofern wird die actio tutelae allerdings in die actio negotiorum gestorum mit hineingezogen[2958]); es kann ihn aber die Gefahr späterer Insolvenz der Schuldner des Pupillen nicht treffen, da er kein ius agendi hat, also der Mittel entbehrt, um von denselben zu rechter Zeit die Schulden einzuklagen und dadurch der Insolvenz zuvorzukommen, außer wenn er die Gelder des Pupillen auf eigenen Namen ausgeliehen und sich selbst die actio erworben hat[2959]). Die Regel, daß die nach beendigter Vormundschaft fortgesetzte Verwaltung nicht mit in das iudicium tutelae gehört, bezieht sich aber nur auf eine selbstständige, von der früheren getrennte Verwaltung. Denn was mit der Tutel so eng und untrennbar zusammenhängt, daß es blos als Vollendung angefangener Geschäfte des Tutors erscheint, gehört selbst dann noch in das iudicium tutelae, wenn unterdessen die Tutel beendigt worden sein sollte[2960]).

5) Ansprüche des Klägers. a) In der Hauptsache. Die Leistungen des Beklagten sind in den verschiedenen vormundschaft-

---

2953) L. 35. D. 26. 7.
2954) L. 44. pr. D. eod. L. 15. eod. L. 19. D. 27. 3.
2955) L. 53. D. 26. 7. L. 1. C. V. 52.
2956) L. 6. C. V. 38. L. 11. in fin. C. V. 51.
2957) L. 13. 14. D. 27. 3. L. 37. §. 1. fin. D. 26. 7.
2958) L. 13. 14. D. 27. 3.
2959) L. 39. §. 12. L. 43. pr. D. 26. 7. L. 1. C. V. 52. L. 6. §. 12. D. 3. 5.
2960) L. 13. D. 27. 3. L. 37. §. 1. D. 26. 7. L. 11. C. V. 52. L. 3. §. 8. D. 27. 4.

lichen Klagen verschieden. 1) In der actio rationibus distrahendis geht die intentio auf die doppelte Aestimation des unterschlagenen Gegenstandes, wobei die eine Hälfte Schadenersatz, die andere Strafe ist[2961]. 2) Die Generalklagen sind auf ein incertum gerichtet und zwar in der Hauptsache auf Rechenschaft (redditio rationum). Reddere rationes begreift im römischen Rechte zwei verschiedene Obligationen, von welchen die erste in faciendo, nämlich in der Herausgabe der die Verwaltung betreffenden Urkunden[2962]), die zweite aber in dando, nämlich in Ausantwortung der reliqua, d. h. alles desjenigen besteht, was dem Kläger aus der Verwaltung zukommt[2963]). Beide Verbindlichkeiten hat jeder Verwalter fremden Vermögens zu erfüllen und somit auch der Vormund und Protutor[2964]). Beide haben also zunächst die instrumenta pupillaria herauszugeben[2965]), d. h. sowohl das Inventar, als auch die Vormundschaftsrechnungen und deren Belege. Dann aber sind Beide auch zur restitutio tutelae s. curae oder zur Restitution der reliqua, d. h. zur Herausgabe desjenigen verbunden, was sie vom Vermögen des Pfleglinges laut des Inventars unter sich haben und in Gemäßheit der abgelegten Rechnung demselben herauszahlen. Bei den vom Vormunde auf den Namen des Pfleglinges ausgeliehenen Kapitalien ist indessen der Termin der Zahlung abzuwarten[2966]). — Im älteren teutschen Rechte fiel natürlich, so lange die tutela usufructuaria bestand, die Verbindlichkeit des Vormundes zur Rechnungsablegung weg; wohl aber war der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft zur Herausgabe der Substanz des Mündelvermögens verpflichtet. Daß später, längst vor Einführung des römischen Rechtes, nachdem die tutela usufructuaria in Wegfall gekommen war, in Teutschland die Vormünder zur Rechnungsablegung verpflichtet waren, ist früher bemerkt worden (vgl. Abschn. IV. Abth. 8.). Die Verbindlichkeit des Vormundes zur Herausgabe des Mündelvermögens an den gewesenen Mündel nach Beendigung der Vormundschaft, ist in den Rechtsbüchern des Mittelalters anerkannt. Der Vormund muß das Vermögen in natura oder, wenn etwas in der Zwischenzeit davon veräußert worden ist, das dafür Eingenommene herausgeben. Ist es nicht mehr vorhanden, so muß er das Fehlende ersetzen, außer wenn er beweisen kann, daß er es entweder in den Nutzen des Mündels verwendet habe oder daß es durch Unglück oder überhaupt ohne seine Schuld untergegangen sei[2967]). Insbesondre hat

2961) Nicht auf das doppelte Interesse. L. 1. §. 20. L. 2. §. 2. D. 27. 3.
2962) L. 89. §. 2. D. 50. 16. L. 6. §. 7. D. 2. 13. L. 8 §. 5. D. 34. 3.
2963) L. 32. 81. 82. D. 35. 1.
2964) L. 9. C. V. 51. Gai. I. 191. L. 1. §. 3. D. 27. 3. — L. 1. C. V. 45.
2965) L. 1. 2. 4. C. V. 53. L. 1. §. 3. D. 27. 3. L. 5. §. 6. L. 46. §. 5. L. 111. D. 35. 1.
2966) L. 8. D. 36. 7.
2967) Sächs. Landr. B. 1, Art. 23, §. 1. Verm. Sachsensp. (Böhme) I, 42, 4. Schwabensp. (Wackernagel) 26, Z. 6 ff. (v. Laßb. 26). In den beiden letzteren Rechtsquellen wird auch der Verlust durch Diebstahl und im

der Vormund dem Mündel auch das zu ersetzen, was er von dessen Vermögen auf ungiltige Weise veräußert hat[2968]. — Im heutigen Rechte sind im wesentlichen die Grundsätze des römischen Rechtes geltend.

b) Prästation von Dolus und Culpa[2969]. Nächst der Hauptsache hat der iudex die Culpa des Beklagten zu ästimiren. Die leitenden Grundsätze hierbei sind folgende: 1) Zuvörderst muß selbstverständlich der Beklagte bonam fidem oder mit anderen Worten dolum malum oder fraudem prästiren, bestehe dieser dolus übrigens in einem dolosen Thun oder Unterlassen[2970]. Dies folgt nicht blos aus der allgemeinen Natur des bonae fidei iudicium, welches die Verpflichtung zur Prästation der bona fides[2971], also die stillschweigende clausula doli (dolum malum abesse abfuturumque esse) enthält, sondern auch aus der besonderen Treue und Pietät (fides, officium), welche der Vormund seinem Pfleglinge schuldet und welche jeden dolus als etwas Verbrecherisches, als einen Treubruch (perfidia) erscheinen läßt. 2) Dem dolus steht, wenigstens hinsichtlich des Schadenersatzes, jede sittlich tadelfreie Absicht völlig gleich, z. B. wenn der Tutor zu einer mortis causa donatio oder zu einer unnöthigen Schenkung unter den Lebenden arglos die auctoritas ertheilt[2972]. 3) Ebenso muß der Vormund jede lata culpa oder negligentia prästiren, namentlich, weil dies so selten hervorgehoben[2973], vielmehr in der Regel die lata culpa unter dem dolus mit begriffen und der levis culpa oder culpa schlechtweg gegenüber gestellt wird[2974]. 4) Der Vormund soll aber noch mehr, nämlich auch das periculum übernehmen, worunter im römischen Rechte in dieser Lehre der durch dessen Nachlässigkeit, nicht durch Zufall, angerichtete Schade verstanden wird. Abgesehen von dem schon früher erwähnten periculum cessationis und vice mutua periculum, fragt es sich hier nur noch, welche Culpa der einzelne administrirende Vormund und Protutor zu prästiren habe. a) Was den wirklichen Vormund betrifft, so macht das römische Recht in Gemäßheit der Natur dieses iudicium als bonae fidei iudicium hier folgenden Unterschied: aa) Drängte sich der Vormund freiwillig zur Administra-

verm. Sachsenspiegel und in den damit übereinstimmenden Goslar. Statuten außerdem der Verlust durch Brand zu den Gründen gerechnet, welche den Vormund von der Verpflichtung zum Schadensersatze befreien. Dies kann im Zusammenhange mit dem Uebrigen nur mit der Beschränkung verstanden werden, daß dem Vormunde keine Verschuldung bei dem Diebstahle oder Brande zur Last gelegt werden könne. Dies bestätigen auch die Goslar. Stat. S. 19, Z. 10—14.

2968) L. Burgund. 85. 4. Magdeburg. Schöffenurth. bei Böhme Th. 6, S. 105, Nr. 4 u. S. 125, Nr. 6. S. auch alt. Culm. Recht 4, 16.

2969) Dig. 26. 7. Cod. V. 38.

2970) L. 5. §. 7. L. 41. 57. pr. D. 26. 7. L. 1. pr. D. 27. 3. L. 20. §. 1 D. 34. 3. L. 72. §. 3 D. 35. 1. L. 23. C. V. 37. L. 2. 7. C. V. 51.

2971) L. 5. §. 7. D. 26. 7. L. 4. D. 27. 5. Cic. Top. cap. 10. L. 6 C. V. 28. L. 8. D. 27. 3.

2972) L. 1. §. 1. 2. D. 27. 3.

2973) L. 2. 7. C. V. 51.

2974) L. 1. pr. D. 27. 3. L. 57. pr. D. 26. 7

tion, so muß er diligentia prästiren, d. h. er muß verurtheilt werden, wenn er nicht wirklichen durch keine Vorsicht abwendbaren Zufall beweisen kann[2975]). bb) In dem gewöhnlichen Falle, wo der Vormund sich nicht zur Administration gedrängt hat, wird er milder beurtheilt. Allerdings haftet er auch hier für levis culpa und diligentia. Da derselbe aber hier gezwungen die Verwaltung übernahm, da ferner der Erblasser und die Obrigkeit, welche diesen bestimmten Tutor wählten, oder wenn er legitimus tutor oder curator war, im Amte ließen, dadurch stillschweigend in seine Persönlichkeit einwilligten und es überhaupt nicht gefordert werden kann, daß er wegen dieser Vormundschaft seinen Charakter ganz umändere, so prästirt er nur diligentia, qualem suis rebus adhibere solet, d. h. er kann sich dadurch befreien, daß er darthut, er habe, obschon im allgemeinen eine levis culpa vorliege, doch sein Möglichstes gethan, da er sein eigenes Vermögen in diesem Falle nicht besser behandelt habe[2976]). Sind also z. B. durch eine Feuersbrunst die Obligationen des Tutors und des Pupillen zugleich vernichtet worden, und der Tutor unterläßt, von den Schuldnern des Pupillen, welche er aus dem im Gerichte aufbewahrten Inventar belangen konnte, entweder Zahlung oder Novation zu fordern, so kann er sich mit der Einrede helfen, daß er es mit seinen eigenen Obligationen nicht besser gemacht habe. Wenn er aber seine eigenen Obligationen eingehoben oder novirt hat, so kann er die Verurtheilung nur durch den Beweis des Casus abwenden[2977]). Rücksichtlich dieser Entschuldigung ist es gleichgiltig, ob die Culpa des Vormundes eine obligatorische oder Aquilische Culpa war, wenn sie nur keine lata culpa ist, welche Niemandem verziehen wird. cc) Bisweilen ist es sogar der bona fides angemessen, den Vormund nur wegen dolus und culpa lata zur Verantwortung zu ziehen. Nach der älteren Theorie wurde dies bei allen Unterlassungen des Vormundes angenommen; man hat diese Meinung aber in neuerer Zeit allgemein aufgegeben, da sie sowohl die allgemeinen Grundsätze über die Culpa des Vormundes als zahlreiche Anwendungen derselben[2978]) gegen sich hat. Dann rechnet man gewöhnlich hierher die Verantwortlichkeit des Vormundes für Kapitalien, welche sein Vorgänger oder der Vater des Mündels verzinslich ausgeliehen hat. Allein die Stelle, auf welche man sich dafür beruft[2979]), beabsichtigt schwerlich, über den Grad der Culpa etwas Neues zu bestimmen; sie will vielmehr nur darauf hindeuten, daß in unserem Falle, in welchem nach allgemeiner Regel die Vermuthung für die Culpa des

2975) L. 53. §. 3. L. 85. D. 47. 2.
2976) L. 33. pr. D. 26. 7.
2977) L. 57. pr. D. 26. 7.
2978) Z. B. L. 7. §. 1. L. 10. 25. 32. §. 2. 3. L. 39. §. 6. 7. 11. D. 26. 7. L. 21—23. C. V. 38. L. 13. §. 11. C. III. 1. L. 80. pr. L. 84. D. 35. 2. L. 1. §. 2. D. 35. 3. L. 53. §. 3. L. 85. D. 47. 2. Nov. 1. cap 4. pr. §. 1. vgl. mit L. 2. §. 8. D. 41. 4. L. 39. §. 1. D. 4. 4. L. 1. C. Si adv. libert. (II. 30. (31.))
2979) L. 2. C. V. 51.

Ausleihers ist[2980]), der Kläger zuerst darzuthun habe, daß die Kapitalien im Anfange der Tutel noch gut gestanden haben und erst während derselben durch dolus oder Nachlässigkeit des Tutors verloren gegangen sind[2981]). Ist diese Nachlässigkeit zugleich eine lata culpa, so wird der Beklagte jedenfalls verurtheilt, während, wenn der Kläger nur eine levis culpa beweisen kann, dem Beklagten immer noch der Gegenbeweis einer diligentia, qualem suis rebus adhibere solet, zusteht. Dagegen wird der Vormund bei ausgeliehenen Kapitalien in anderer Weise begünstigt. Muß er nämlich wegen Culpa im Ausleihen oder Nichteintreiben ein Kapital übernehmen und den Pflegling entschädigen, so fällt dieses Kapital ihm anheim[2982]). Stand dasselbe auf den Namen des Pfleglinges, so kann der Vormund die Cession der Klage fordern. Stand es hingegen auf den eigenen Namen des Vormundes, so kann dieser wegen der ihm zur Last fallenden Kapitalien schon ipso iure klagen und es wird vielmehr dem Pfleglinge die utilis ex stipulatu actio versagt. In beiden Fällen braucht der Vormund aber nicht zu dulden, daß der Pflegling sich die sicheren Kapitalien aussuche, die unsicheren und verlorenen aber zurückweise, sondern er kann fordern, daß der Pflegling seine Geschäftsführung in Ansehung der ausgeliehenen Kapitalien entweder unbedingt anerkenne oder verwerfe, und letzteren Falles verhält es sich dann ebenso, als ob der Vormund seine eigene Angelegenheit besorgt hätte[2983]). Weniger Bedenken hat eine dritte Ausnahme. Haben die Vormünder mit dem Gelde des Pupillen Grundstücke unvortheilhaft gekauft, so werden sie nur dann verurtheilt, wenn sie gratiose vel sordide, d. h. aus Gunst oder Bestechlichkeit, nicht aber, wenn sie aus Uebereilung ein schlechtes Geschäft gemacht haben[2984]). — Schon früher ist bemerkt worden, daß teutsche Particularrechte nicht selten strengere Grundsätze über die Culpa des Vormundes haben als das römische Recht[2985]). b) Die Culpa des Protutors oder Procurators soll nach dem Zeugniß des Pomponius mit der des Tutors völlig gleich sein[2986]), d. h. der Protutor prästirt stets dolus, ferner diligentia in abstracto, wenn er sich zudrängt[2987]), diligentia in concreto, wenn er in dem Glauben, Tutor zu sein, die Verwaltung übernimmt. Was insbesondre die actio furti betrifft, so könnte man, da solche in der Regel einem Jeden zusteht, welcher ein juristisches Interesse hat, daß dem dominus die Sache nicht gestohlen werde, diese Klage auch dem Tutor

2980) Arg. L. 11. D. 22. 3.

2981) L. 35. D. 12. 1. S. auch Gesterding, im Archiv f. civil. Praxis Bd. II, S. 234, 240.

2982) L. 47. §. 5. D. 26. 7.

2983) L. 16. D. eod. Vgl. L. 11. §. 1. D. 22. 1.

2984) L. 7. §. 2. D. 26. 7.

2985) Vgl. preuß. Landr. II, 18, §. 275—280. Oesterreich. Gesetzb. §. 228, 264. Hannov. Vorm.-Instruct. §. 1, 3. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 32. Siehe auch Cod. civ. art. 450.

2986) L. 4. D. 27. 5.

2987) L. 53. §. 3. D. 47. 2. Vgl. Zimmern, über die Culpa bei der Protutel im Archiv f. civil. Praxis Bd. 1, S. 251—256.

oder Protutor, wenigstens dann, wenn er diligentia in abstracto prästiren muß, verstatten wollen. Allein das römische Recht spricht beiden diese Klage in allen Fällen deshalb ganz entschieden ab, weil der Tutor und Protutor die Sache nicht mit Bewilligung des dominus in seinem Gewahrsam hat[2988]). Doch wird dem Vormund, wenn er für den Dieb bezahlen muß, gegen diesen durch das beneficium cedendarum actionum geholfen, indem er dem Eigenthümer nur dann verurtheilt wird, wenn ihm dieser seine actio furti cediren will[2989]). 5) Für das, was jenseits der vom Vormunde zu prästirenden Culpa liegt, namentlich für wirklichen Zufall haftet der Vormund nicht[2990]), vielmehr trägt diesen der Pflegling[2991]).

c) Früchte und Zinsen[2992]). Der iudex muß ferner die sämmtlichen Accessionen (usurae, fructus, causae, accessiones, mora) berücksichtigen, und zwar, da alle vormundschaftlichen Klagen bonae fidei iudicia sind, ohne daß deshalb eine besondere Instruction in der Formel nöthig wäre (officio iudicis continentur). Die wichtigsten Accessionen sind: 1) die Früchte. Der Beklagte hat nämlich nicht nur die wirklich gezogenen Früchte herauszugeben, sondern auch für die nicht percipirten, welche er bona fide hätte ziehen können, Entschädigung zu leisten[2993]). 2) Die pupillarischen Zinsen (usurae pupillares, ὀρφανικὸς τόκος), d. h. im allgemeinen alle Zinsen, welche der Vormund dem Pupillen zu zahlen hat, insbesondre die von den summae residuae zu entrichtenden. Die Zinszahlung beruht auf folgenden Gründen: a) zunächst müssen die Vormünder die von den Schuldnern des Pfleglinges versprochenen und gezahlten Zinsen leisten, gleichviel ob Dritte oder sie selbst die Schuldner sind, gleichviel ob sie das Kapital auf ihren eigenen Namen oder auf den Namen des Pupillen ausliehen, und ob die eingenommenen Zinsen hoch oder niedrig waren[2994]). Es treten jedoch folgende Modificationen dieser Verpflichtung ein: aa) Hat der Vater im Testamente dem Vormunde gestattet, die Gelder zu bestimmten Zinsen für sich zu benutzen, so zahlt der Vormund nur diese Zinsen, sollte er gleich für sich selbst höhere bedungen haben[2995]). bb) Hat der Vormund Kapitalien auf eigenen Namen ausgeliehen, von denen eines verloren gegangen ist, so hat er die gezogenen Zinsen nur dann zu leisten, wenn der Pupill die Gefahr aller Kapitalien übernehmen will[2996]); will er dies nicht, so kann jener den Ueberschuß an Zinsen über den gewöhnlichen Zinsfuß

2988) L. 85. D. 47. 2.
2989) L. 53. §. 3. D. eod.
2990) L. 4. C. V. 38.
2991) Anwendungen enthalten L. 32. §. 1. L. 50. D. 26. 7. L. 10. D. 26. 8.
2992) Cod. V. 56. De usuris pupillaribus.
2993) L. 32. §. 2. 3. L. 39. §. 18. D. 26. 7. L. 10. D. 46. 6.
2994) L. 7. §. 5. 10. D. 26. 7.
2995) L. 47. §. 4. D. eod.
2996) L. 7. §. 6. D. eod.

von dem Kapitale abziehen, welches er dem Pupillen als Entschädigung für das verlorene zu zahlen hat[2997]. Nach heutigen Rechtsansichten würde aber in der Ausleihung von Mündelgeldern auf den eigenen Namen des Vormundes eine unbefugte Aneignung der Mündelgelder zu erblicken sein, mithin diese Vorschrift des römischen Rechtes für unanwendbar zu achten sein. b) Ferner muß der Vormund nach prätorischem Rechte dem Pfleglinge auch von den Summen, welche er imputabler Weise über die gesetzliche Frist hinaus ungenutzt liegen ließ[2998], pupillarische Zinsen zahlen, welche Ersatz für nicht gezogene Zinsen, mithin in der Regel landesübliche Zinsen sind[2999]. Ausnahmsweise haben sie die Natur einer Strafe und dann müssen maximae oder legitimae usurae gezahlt werden. Dieses ist namentlich der Fall, wenn der Vormund die Gelder zu seinen Privatzwecken verwendete oder wenn der Prätor die Deposition der Gelder bei Strafe der usurae legitimae vorher anbefahl oder diese Strafe später erkannte, oder wenn der Prätor dem Vormunde, welcher bei Bestimmung der Alimente Mündelgelder in seinen Händen zu haben leugnete, aber überführt wurde, zur Strafe die Zahlung der höchsten Zinsen auflegte[3000]. Ist ein solches Decret nicht erlassen worden, so zahlt der Vormund nur die Zinsen, zu welchen der Pflegling die zu seinem Unterhalte nöthigen Gelder erborgen mußte[3001]. Der Ausdruck: legitimae, gravissimae oder maximae usurae bezeichnet in allen diesen Fällen ursprünglich centesimae oder 12 Procent, nach dem früher Bemerkten im Justinianeischen Rechte 6 Procent, heutzutage 5 Procent. Es fragt sich aber, ob und inwiefern der Vormund auch Zinsen von Zinsen zu zahlen habe, da er doch von allen Mündelgeldern, welche er unbenutzt liegen läßt, den entgangenen Nutzungswerth ersetzen muß. Unzweifelhaft muß er von empfangenen Zinsen, seien sie nun von einem Schuldner, einem Mitvormunde, einem Vorgänger oder von dem Vormunde selbst gezahlt, sobald er sie nutzlos liegen läßt, dieselben Zinsen zahlen, wie von empfangenen Kapitalien, also bald höhere Strafzinsen, bald gewöhnliche pupillarische[3002], weil die Zinsen durch die Auszahlung an die Kasse des Pfleglinges ihre Zinsnatur verlieren und zu gewöhnlichen Kapitalien werden. Hingegen rückständige Zinsen, sei sie ein Dritter oder der Vormund selbst dem Pflegebefohlenen schuldig, tragen noch immer die Zinsnatur an sich, da diese erst durch die Zahlung erlischt; die Leistung von Zinsen von ihnen würde ein, wenigstens im Justinianeischen Rechte, entschieden und allgemein verbotener Anatocismus sein[3003]. Der Vormund hat mithin nur die Zinsen zu

2997) L. 11. §. 1. D. 22. 1. vgl. mit L. 39. §. 14. D. 26. 7.
2998) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 172.
2999) L. 7. §. 10. D. 26. 7.
3000) L. 38. D. 3. 5. — L. 7. §. 7. D. 26. 7. — L. 3. §. 4. D. 27. 2. L. 7. §. 8. D. 26. 7. L. 3. §. 15. D. 26. 10.
3001) L. 7. §. 3. 7. 8. 10. D. 26. 7.
3002) L. 58. §. 2. D. 26. 7. L. 7. §. 12. D. eod.
3003) L. 3. C. VII. 54.

ersetzen, welche der Schuldner, sei dieser ein Dritter oder er selbst, versprochen hat, ohne davon wieder Zinsen leisten zu müssen[3004]). Im Justinianeischen Rechte fällt übrigens die Verpflichtung des Vormundes, wegen nicht ausgeliehener Gelder Zinsen zu zahlen, sobald er die Deposition wählt, hinweg[3005]). Im heutigen Rechte ist aber nach dem früher Bemerkten jene Verpflichtung wieder eingetreten. c) Endlich muß der Vormund auch noch aus dem Grunde der Mora, Litiscontestation und des Urtheils, mithin auch nach Beendigung der Vormundschaft bis zur gerichtlichen und außergerichtlichen Restitution der Tutel Zinsen zahlen.

d) Schätzungseid[3006]). Es ist deshalb auf einen früheren Artikel zu verweisen[3007]).

e) Infamie des Beklagten. Eine weitere Schärfung der Verurtheilung, außer dem iusiurandum in litem, besteht darin, daß sowohl in der actio rationibus distrahendis als in der actio tutelae directa der Verurtheilte infam wird, wenn er suo nomine, d. h. wegen eigener Schuld, nicht wegen der des Dominus oder des Erblassers verurtheilt worden ist[3008]). Auch beschränkt man gewöhnlich nach Analogie des crimen suspecti diese Wirkung auf den Fall der Verurtheilung wegen dolus oder culpa lata[3009]). Der Grund des Rechtssatzes, daß das iudicium tutelae ein turpe iudicium und darin verurtheilt zu werden, ein probrum oder opprobrium sei, wird von den römischen Juristen nicht in allgemeinen, sondern in besonderen Rechtsansichten des römischen Volkes gesetzt, nach welchen die Pupillentutel[3010]) als ein besonders heiliges officium und jede Verletzung desselben als vorzüglich strafwürdig gilt[3011]). Ob auch die Klage aus der Cura infamire, ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes erörtert worden[3012]). Heutzutage fällt übrigens die Folge der Infamie weg[3013]).

6) Sicherungsmittel der Ansprüche aus den vormundschaftlichen Klagen. a) Privilegium exigendi. — Pfandrechte. Es ist deshalb auf einen früheren Artikel zu verweisen[3014]).

3004) L. 7. §. 5. L. 9. §. 4. D. 26. 7. Glück, Erl. der Pand. Bd. 30, S. 348 flg. Rudorff Bd. 3, S. 81, 82.

3005) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 171.

3006) Dig. 12. 3. Cod. V. 53. beide mit der Rubrik: de in litem iurando.

3007) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 181 flg.

3008) L. 1. D. 3. 2. L. 6. §. 6. D. eod. Gai. IV. 182. Cic. de orat. I. 36. pro Caecina cap. 3. pro Rosc. Com. cap. 6. Top. cap. 10. Iuvenal. Sat. I. 45—48. X. 222. XV. 135.

3009) Cic. de off. III. 15. L. 7. §. 1. D. 26. 10. §. 6. Inst. I. 26. Cic. pro. Rosc. Com. cap. 6.

3010) Aus der Geschlechtstutel, obwohl sie ein noch heiligeres Officium war, entspringt kein iudicium, mithin kann auch keine Infamie eintreten.

3011) L. 42. D. 50. 16. Vgl. Cic. pro Rosc. Com. cap. 38. 39.

3012) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 182.

3013) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 2, S. 224 flg.

3014) S. den Artikel Cura a. a. O. S. 183, 184.

b) Verbot von Geschäften in fraudem tutelae. Es gehören hierher α) das Verbot von Alienationen, β) das Verbot fiscalischer Pachtungen, γ) das Verbot der Ehe mit der Pflegebefohlenen, δ) das Verbot der Arrogation des Pflegebefohlenen. Ueber alles dieses ist schon in einem früheren Artikel gehandelt worden[3015]).

7) Einreden des Beklagten. Die Ansprüche, welche mit den vormundschaftlichen Klagen geltend gemacht werden können, kann der Beklagte durch mehrere Einreden beseitigen. Folgende sind darunter die wichtigsten: 1) die Einrede der Verjährung. Die Verjährung ist die 30jährige. Sie beginnt bei der actio tutelae und rationibus distrahendis nach römischem Rechte mit dem Ende der Tutel, bei den übrigen, welche mehrmals und während der Vormundschaft angestellt werden können, mit der einzelnen Verletzung. Nach heutigem Rechte, wo beide erstere Klagen auch während der Vormundschaft angestellt werden können, würde der Anfang der Verjährung ebenfalls von der einzelnen Verletzung zu rechnen sein, wenn nicht bei der Altersvormundschaft dem Mündel seine Unmündigkeit zu Statten käme. Da aber nach der richtigen Ansicht dem Mündel vor der Volljährigkeit keine Verjährung laufen kann, so kann auch die Verjährung der beiden ersteren Klagen dem Mündel selbst erst von der Volljährigkeit an laufen[3016]). Die Einrede der directen und indirecten processualischen Consumtion, welche voraussetzt, daß dieselbe Rechtsfrage unter denselben Personen zum zweiten Male zur Sprache gebracht wird. Wendet man dies auf die vormundschaftlichen Klagen an, so ergiebt sich für dieselben Folgendes: a) Ist mit der actio facti geklagt worden und es wird die actio rationibus distrahendis angestellt u. s. f., so gilt keine Einrede der Rechtskraft, weil hier zwei verschiedene Schuldposten vorhanden sind, deren einer aus einem Delicte, der andere aus der Verwaltung herrührt, und von denen einer durch die Consumtion des andern getilgt wird[3017]). b) Ist hingegen mit der conditio furtiva geklagt, so wird die actio rationibus distrahendis consumirt; denn da sie nur auf das Doppelte des dem Pupillen durch das factum zugefügten Schadens geht, dieser Schaden aber in Folge der condictio erstattet ist, so ist kein Object mehr vorhanden, welches der iudex verdoppeln könnte[3018]). c) Ist mit der actio rationibus distrahendis geklagt, so ist dadurch die actio tutelae oder negotiorum gestorum in Bezug auf diese einzelne Sache consumirt, nicht aber in Ansehung der übrigen Gegenstände, weil durch jene Klage nur das, was der Vormund wegen seiner Unterschlagung aus der Tutel schuldet, in das iudicium deducirt worden ist, nicht aber die übrigen aus der Vormundschaft herrührenden Ansprüche[3019]). d) War schon früher mit

3015) S. denselben Artikel a. a. O. S. 160 flg.
3016) Vgl. den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 357.
3017) L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. D. 27. 3. L. 33. D. 47. 2.
3018) L. 2. §. 1. D. 27. 3. „tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo."
3019) L. 1. §. 21. D. eod.

der actio tutelae geklagt, so kann weder die actio rationibus distrahendis, noch die actio tutelae selbst zum zweiten Male gebraucht werden, weil durch die erste Klage ohne Ausnahme Alles, was der Kläger irgendwie aus der Tutel fordern darf, in das iudicium deducirt und consumirt ist. Nur wird dabei vorausgesetzt, daß die zuerst angestellte Klage nach schon beendigter Vormundschaft erhoben wurde. War sie dagegen während der Dauer der Vormundschaft gebraucht worden, so ist nach römischem Rechte durch sie nichts consumirt; denn da dem Kläger damals noch gar keine Klage zustand, so konnte auch keine in iudicium deducirt werden[3020]. Anders nach heutigem Rechte, wo die actio tutelae auch während der Dauer der Vormundschaft angestellt werden kann. Hier kann sie allerdings zum zweiten Male erhoben werden, und auch mehrere Male, selbstverständlich aber nicht wegen derselben Ansprüche, welche mit ihr bereits geltend gemacht und rechtskräftig abgeurtheilt worden sind. e) Hingegen die actio negotiorum gestorum gegen den Curator eines Minderjährigen kann immer noch angestellt werden, wenn auch gegen den Tutor und dessen Erben bereits geklagt sein sollte, weil in ihrer intentio eine ganz andere Rechtsfrage und Forderung zur Sprache gebracht wird, als in der Tutelklage, mithin der Curator des Minderjährigen durch Anstellung der ersten Klage gegen den Tutor oder dessen Erben weder ipso iure liberirt werden, noch exceptio rei in iudicum deductae oder rei iudicatae erwerben kann[3021]. f) Ist hingegen schon mit der actio negotiorum gestorum wegen derselben Rechtsfrage gegen den Curator eines Minderjährigen geklagt, so gilt die processualische Consumtion auch hier. Nur ist dabei zu bedenken, daß die actio negotiorum gestorum nicht nothwendig generell ist, wie die actio tutelae, sondern auch wegen einzelner Punkte angestellt werden kann[3022]. Diese processualische Consumtion enthält aber oft eine große Härte. In solchen Fällen hilft der Prätor dadurch, daß er entweder die Klage als utilis actio restituirt, wenn sie nämlich durch Deduction in ein legitimum iudicium ipso iure consumirt war[3023], oder daß er sie, wenn sie ipso iure noch vorhanden ist, gegen die exceptio rei in iudicium deductae oder exceptio rei iudicatae, welche der Beklagte durch die erste Litiscontestation oder das Urtheil erworben hat, doli replicatio verstattet[3024]. Auf diese Weise hilft der Prätor bei minor aetas und anderen iustae causae, z. B. wenn der Beklagte durch Versehen der Curatoren auf zu wenig verurtheilt ist, oder wenn in den Rechnungen, auf deren Grund die

---

3020) L. 4. §. 2. D. eod.

3021) L. 23. D. eod. S. Keller, Litiscontestation und Urtheil S. 233. L. 39. §. 15. D. 26. 7.

3022) L. 5. §. 6. D. 26. 7.

3023) L. 2. C. III. 1. L. 1. C. si adv. rem iud. (II. 26. (27.)) L. 25. D. 26. 7. Keller a. a. O. S. 530—535. Ribbentrop, Correalobligat. S. 87, N. 4.

3024) L. 45. §. 6. D. 26. 7. Keller a. a. O. S. 530—535.

Verurtheilung ausgesprochen wurde, durch die Schuld des Beklagten Posten gar nicht aufgeführt sind, und so der Kläger ohne alle Schuld von seiner Seite zu wenig bekommen hat[3025]). — Im heutigen Rechte können die unter e. und f. erwähnten Fälle gar nicht mehr vorkommen. Nach dem früher Bemerkten ist die Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige bis zur Volljährigkeit Ein Ganzes, ohne daß zwischen tutela impuberum und cura minorum unterschieden wird. In Folge dessen ist die von dem Mündel oder Namens desselben gegen den Altersvormund anzustellende Klage, mag sie nun vor oder nach der Pubertät angestellt werden, immer die römische actio tutelae, welche nach heutigem Rechte ja auch während der Dauer der Vormundschaft angestellt werden kann. Der Fall, daß nach beendigter Tutel gegen den Tutor und dessen Erben geklagt worden ist, und dann noch gegen den Curator des Minderjährigen geklagt wird, kann heutzutage nicht mehr vorkommen, da die Altersvormundschaft ununterbrochen bis zur Großjährigkeit dauert, und wenn auch der Vormund durch Particularrechte zur Niederlegung der Vormundschaft mit Eintritt der Pubertät des Mündels berechtigt ist und von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, so ist er doch kein curator minoris, sondern Altersvormund und ganz ebenso zu betrachten, wie ein Pupillentutor bei den Römern. Ist mithin die gegen ihn anzustellende Klage immer dieselbe, nämlich die actio tutelae, so kann selbstverständlich, da dieselbe auch während der Vormundschaft heutzutage angestellt werden kann, nur die Ansicht als richtig befunden werden, daß wegen derjenigen Ansprüche, weshalb die actio tutelae während der Vormundschaft angestellt und rechtskräftig abgeurtheilt worden ist, weder später während der Vormundschaft, noch nach Beendigung derselben nochmals geklagt werden kann, vielmehr der erhobenen Klage die exceptio rei iudicatae entgegensteht. 3) Die Einreden der Zahlung, des Vergleiches, des Compromisses und des außergerichtlichen Eides. Diese Einreden sind bald wahre römische Exceptionen, z. B. wenn der Vergleich durch bloßes pactum geschlossen wurde[3026]), bald zerstören sie die Obligation ipso iure und werden durch ein einfaches Leugnen in iudicio geltend gemacht, z. B. wenn der Vergleich in eine stipulatio Aquiliana deducirt ist[3027]). Auf diesen Unterschied der modi tollendi obligationem ipso iure und per exceptionem kommt im heutigen Processe nichts mehr an. Jeder Einwand, welcher die Aufhebung der Obligation behauptet, ist als Einrede im jetzigen processualischen Sinne, und zwar formell als Einrede geltend zu machen, widrigenfalls sie nicht berücksichtigt wird. Die Einrede des außergerichtlichen Eides kommt heutzutage nicht mehr vor, da sie das prätorische pactum de iureiurando voraussetzt, welches nicht mehr praktisch ist. 4) Die Einrede der Remission. Ein Erlaß der actio tutelae u. s. w.

3025) L. 25. L. 46. §. 6. D. 26. 7.
3026) L. 122. §. 5. D. 45. 1. L. 3. pr. D. 4. 8.
3027) L. 3. C. II. 4.

kann entweder durch remissorischen Vertrag oder durch letzten Willen erfolgen. Im ersten Falle ist er eine eigentliche Schenkung, deren Wirkungen theils von der gewählten Form, theils von der Volljährigkeit des Schenkers abhängen[3028]). Im letzten Falle kann der Erlaß im letzten Willen des Vaters oder des Pflegebefohlenen selbst, und in beiden durch Legat oder durch Fideicommiß geschehen. Im römischen Rechte werden hier verschiedene letztwillige Verfügungen mit ganz verschiedenen Wirkungen unterschieden. a) Das Legat oder Fideicommiß, wodurch die Rechnungsablegung erlassen wird. Es kommt ungefähr mit den Worten: rationes exposci oder reposci oder exigi volo, tutores aneclogistos esse volo, *ἀνεκλογίστους, ἀνεξετάστους, ἀλογοθετήτους εἶναι βούλομαι* und in ähnlichen Formeln vor[3029]). Dieses Vermächtniß hat nur die Wirkung, daß die Ansprüche wegen levis culpa als erlassen angesehen werden[3030]). Es gilt demnach weder das Factum der Rechnungsablegung[3031]), noch die Herausgabe des noch in den Händen des Vormundes befindlichen Mündelvermögens[3032]), noch die Prästation von dolus[3033]) und culpa lata[3034]) durch jenes Legat als erlassen. Diese anscheinend willkürliche Auslegung ist es nicht bei näherer Betrachtung. Denn die Ablegung der Rechnung kann der Testator nicht erlassen, weil dieses dem ius publicum, d. h. den unabänderlichen Grundbestimmungen über das Vormundschaftswesen zuwiderlaufen würde[3035]). Die Herausgabe der reliqua kann der Erblasser nicht erlassen, weil der Vormund aus der Tutel, als einer liberale officium, nicht lucriren

---

3028) L. 1. 34. C. II. 4. L. 8. C. V. 51. Wenn es in L. 39. §. 13. D. 26. 7. heißt, daß die quaestio culpae tutorum durch Vertrag erlassen werden könne „nec donatum, sed transactum videtur“, so ist hier der Gesichtspunkt des Vergleiches allerdings entscheidend, weil der Kläger durch die weitläufige Untersuchung der Culpa vermeidet und die reliqua ohne Abzug bekommt. Rudorff Bd. 3, S. 108, N. 21.

3029) L. 5. §. 7. D. 26. 7. L. 23. §. 2. D. 15. 1.

3030) L. 119. D. 30. L. 72. §. 3. D. 35. 1.

3031) L. 5. §. 7. D. 26. 7.

3032) L. 41. D. eod. L. 20. §. 1. D. 34. 3. L. 9. D. eod. L. 72. §. 2. 3. D. 35. 1. L. 28. §. 4. D. 34. 3. Diesen Stellen widerspricht indessen ein responsum von Scävola, von welchem auch die zuletzt erwähnte Stelle herrührt, in L. 31. §. 2. D. 34. 3., welche bis auf den Namen und einige Abkürzungen mit der L. 28. §. 4. D. eod. fast gleichlautend ist und nur am Schlusse die entgegengesetzte Entscheidung enthält. Die Streichung des „non“ in der L. 31. §. 2. D. cit. ist um so unbedenklicher, als aus den fingirten Namen sich ergiebt, daß sie offenbar aus der L. 28. §. 4. cit. entlehnt ist. Rudorff §. 181, N. 25, Bd. 3, S. 109 flg. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche siehe Schulting, Notae ad Digesta, ad L. 31. §. 2. D. de liberat. leg. T. V. p. 454. n. 2., besonders aber Walch, introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. Membr. II. §. 52. N.

3033) L. 5. §. 7. L. 41. D. 26. 7. L. 9. 20. §. 1. D. 34. 3. L. 72. §. 2. 3. D. 35. 1.

3034) Vgl. Hasse, Culpa §. 43.

3035) L. 5. §. 7. D. 26. 7. verb. „Nemo — constitutam.“

darf [3036]). Die Prästation des dolus und der culpa lata kann er nicht erlassen, weil diese Verfügung gegen die guten Sitten verstoßen würde [3037]). Da nun zu vermuthen ist, daß die Verfügung überhaupt etwas Erlaubtes bezweckt habe, so kann die Absicht des Erblassers nur darauf gerichtet gewesen sein, daß nicht zu genaue Nachforschung wegen eines jeden geringen Versehens angestellt, kurz negligentia erlassen sein solle. Dasselbe ist aus demselben Grunde bei remissorischen Verträgen anzunehmen [3038]). b) Das Legat oder Fideicommiß der Ansprüche aus der Vormundschaft, insbesondre der reliqua und der Ansprüche aus dem dolus des Vormundes. Das Bisherige ergiebt, daß eine Rechnungsablegung stets nothwendig ist. Nach der Rechnungsablegung ist aber die Schuld aus der Tutel eine ganz gewöhnliche Forderung, die gleich jeder anderen durch Vergleich, Novation, Acceptilation und Testament zerstört werden kann [3039]). Nur muß sich der Erblasser im Testamente diesem Zwecke angemessen und deutlich erklärt haben, da die liberatio a rationibus reddendis dieses Vermächtniß nicht enthält. 5) Die Einrede der Compensation. Die allgemeinen Bedingungen der Compensation werden auch hier vorausgesetzt. Findet der iudex die Gegenforderung unrichtig, so ist sie aberkannt und kann selbst im contrarium iudicium wegen der entgegenstehenden Einrede der Rechtskraft nicht wieder zur Sprache gebracht werden [3040]). Findet er sie blos illiquid, so kann er den Kläger zur Leistung einer Caution anhalten, daß er nach geführtem Beweise der Gegenforderung dieselbe bezahlen wolle [3041]). Aber auch wenn diese Caution unterblieben ist, kann der Vormund später mit der contraria actio tutelae oder negotiorum gestorum klagen, ohne die Einrede der Rechtskraft fürchten zu müssen, da die Forderung nicht aberkannt ist [3042]).

8) Verfahren. Auf das Verfahren bei den vormundschaftlichen Klagen beziehen sich folgende Bestimmungen. 1) Im allgemeinen hat der Kläger den Vortheil eines sehr schleunigen Verfahrens. Dieser im römischen Processe schon ursprünglich angenommene Grundsatz [3043]) wurde, da er in der Praxis nicht mehr beobachtet wurde, später in mehreren Constitutionen wieder eingeschärft, welche theils im allgemeinen schleunige Restitution der Tutel anbefehlen [3044]), theils insbesondre die Denunciationen für die vormundschaftlichen Klagen erlassen, welches letztere freilich für den Justinianeischen Proceß ohne Bedeutung

---

3036) L. 58. pr. in fin. D. 26. 7.
3037) L. 30. C. II. 3.
3038) L. 39. §. 13. D. 26. 7.
3039) L. 5. §. 7. D. 26. 7. verb. „Damnum vero — relinqui potest." L. 4. C. II. 4. L. 8. C. V. 51.
3040) L. 8. §. 2. D. 3. 5.
3041) L. 3. D. 27. 3.
3042) L. 1. §. 4. D. 27. 4.
3043) Cic. pro Caecina cap. 2. in fin. cap. 3.
3044) L. 6. C. V. 51.

ist[3045]). 2) Der Gegenstand dieses Verfahrens ist die Prüfung und Justification der abgelegten Rechnungen; diese erfolgt bei den Jahres- und Schlußrechnungen auf dieselbe Weise. Obschon die Grundlagen des Verfahrens schon römisch sind, so ist es doch durch die neuere Praxis und Gesetzgebung weiter ausgebildet worden. Gegenstand der Prüfung ist besonders, ob das Vermögen richtig und vollständig angegeben ist, ob der Vormund die ihm bei der Erhaltung und Vergrößerung des Vermögens obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat, ob die gemachten Ausgaben zweckmäßig und nöthigenfalls genehmigt waren[3046]), und ob bei der ganzen Rechnung keine Rechnungsfehler vorgekommen sind. Die aus dieser Prüfung hervorgegangenen Erinnerungen werden dem Vormunde zur Beantwortung mitgetheilt. Die Justification der Rechnung besteht darin, daß diese Beantwortung mit dem Vormunde durchgegangen, die erledigten Posten für richtig befunden[3047]), die nicht erledigten aber dem Vormunde zur Last gelegt und ihm deren Ersatz auferlegt, und wenn er sie nicht anerkennen will, zur Einklagung nöthigenfalls ein besonderer Vormund bestellt wird. Nach Ablegung der Schlußrechnung wird dem Vormunde zugleich die Ausantwortung des Vermögens an den Pflegebefohlenen selbst oder an dessen neuen Vormund anbefohlen. 3) Ueber die sowohl vom Kläger zur Begründung seiner Forderungen, als auch vom Beklagten zu seiner Rechtfertigung zu benutzenden Beweismittel finden sich folgende besondere Vorschriften: a) Anlangend zunächst die Geständnisse des Vormundes über die Größe des Vermögens, so war deren Beweiskraft im älteren römischen Rechte bestritten. Nach Justinian's Entscheidung dieser Streitfrage sind die mündlichen Aussagen des Vormundes ohne Beweiskraft; die Angaben im Inventar sollen aber den vollständigsten Beweis gegen ihn begründen[3048]), weil er nicht so thöricht sein werde, in diese öffentliche Urkunde etwas ihm Nachtheiliges aufnehmen zu lassen; eine Vermuthung, gegen welche aber doch Gegenbeweis zugelassen werden muß. Was Justinian über die Beweisunfähigkeit der mündlichen Geständnisse des Vormundes verordnet, scheint aber nach der Bedeutung, welche man heutzutage dem Geständnisse beilegt, nicht mehr anwendbar zu sein. Entschieden ist es nicht anwendbar in denjenigen teutschen Ländern, wo ein vom Vormund eidlich zu bestärkendes Privatverzeichniß über das Vermögen des Pflegebefohlenen die Stelle des Inventars vertreten kann; denn hier gelten die Geständnisse des Vormundes über den Bestand des Vermögens unbedingt gegen ihn. Die Angaben des Testirers über die Größe des Vermögens kommen gar nicht in Betracht[3049]). b) Außerdem

3045) L. 6. Th. C. II. 4. vgl. mit L. 4. C. VIII. 2.

3046) L. 1. pr. §. 2. 8. 9. D. 27. 3. L. 2. pr. D. 27. 2. L. 32. §. 6. D. 26. 7. L. 3. C. V. 37.

3047) L. 2. pr. D. 27. 2. L. 3. C. V. 37.

3048) L. 13. pr. C. V. 51.

3049) L. 1. C. V. 51.

konnte der iudex im römischen Processe, namentlich wenn andere Beweismittel fehlten, nächst dem Würderungseide auch die Rechnungen der Sclaven zum Beweise benutzen und im Falle der vom Vormunde aufgestellten Behauptung der Verfälschung derselben sogar die Folter gegen die Rechnungsführer anwenden[3050]). Dies fällt heutzutage weg. 4) Gegen das Urtheil finden die gewöhnlichen Rechtsmittel Statt.

B. Actiones contrariae.

1) Calumniae iudicium. Nächst den Einreden gegen die directen Klagen hat der Tutor, Curator, Protutor und Procurator auch seinerseits besondere Klagen, nämlich theils calumniae, theils contraria, theils extraordinaria iudicia. Das calumniae iudicium bezieht sich auf den Fall, wenn der Pflegebefohlene mit dem Bewußtsein, daß er eine schlechte Sache habe, das directum iudicium gegen den Vormund anstellte[3051]). Wenn es in den Quellen auch nur dem tutelae iudicium gegenüber erwähnt wird[3052]), so konnte es doch vermöge seiner allgemeinen Natur[3053]) auch der utilis curationis causa und der protutelae actio entgegengesetzt werden. Kann der Vormund die calumnia seines Gegners darthun, so wird ihm letzterer in den zehnten Theil des Betrages verurtheilt, welchen er gegen ihn, den Vormund, einklagen wollte[3054]). Wegen der Schwierigkeit dieses Beweises waren noch zwei andere Wege wichtig, welche dem Vormunde außer dem calumniae iudicium frei standen. Der eine war das iusiurandum de calumnia, welches der Vormund von dem klagenden Pupillen verlangen konnte, der andere die actio ex stipulatu, mit welcher er die poena restipulationis einklagt, welche er gleich im Anfange für den Fall des Unterliegens des Klägers sich repromittiren lassen darf[3055]). In beiden Fällen wird dem Vormunde jener Beweis der calumnia nicht angesonnen; es fällt aber auch dafür das calumniae iudicium weg[3056]), d. h. es kann zwar die Strafe des zehnten Theiles in stipulatum deducirt und dann mit der actio ex stipulata, welche in diesem Falle calumniae heißt, eingeklagt werden; es findet dann aber das iudicium calumniae als besonderes iudicium nicht mehr Statt[3057]). Von Justinian ist diese zu seiner Zeit außer Gebrauch gekommene Strafe[3058]) nicht nur wiederhergestellt, sondern anstatt der bloßen Repromission im Anfange selbst eine Satisdation angeordnet worden, welche den Beklagten ebenfalls von dem Beweise der

---

3050) Paul. Sent. V. 16. 2. L. 1. §. 3. D. 27. 3. L. 34. D. 26. 7. L. 22. C. V. 37.

3051) Gai. IV. 178.

3052) L. 3. Cod. Hermog. de calumn. (Tit. 5.) oder Consult. cap. 6.

3053) Gai. IV. 175.

3054) Gai. IV. 175. 178.

3055) Gai. IV. 180.

3056) Gai. IV. 181.

3057) Consult. cap. 6. s. L. 3. C. Hermog. de calumn.

3058) §. 1. Inst. IV. 16.

calumnia befreit und gleichfalls auf ein Zehntheil der geklagten Summe gerichtet ist. Nur wenn der Kläger keinen Bürgen schaffen kann und dies eidlich erhärtet, genügt juratorische Caution[3059]. — Im Mittelalter sind diese Cautionen außer Gebrauch gekommen[3060]) und daher in unseren heutigen Vormundschaftsklagen nicht gebräuchlich.

2) Contrarium iudicium[3061]). Diese Klage soll dem Vormunde wieder verschaffen, was er aus seinem eigenen Vermögen auf die Verwaltung der Vormundschaft ex fide bona aufgewendet hat. Wie nämlich der Vormund durch jeden Administrationsact, welchen er nicht so, wie er soll, verrichtet, dem Pflegebefohlenen obligirt wird, alle diese einzelnen Obligationen aber demnächst in den directen Klagen zusammengefaßt werden, ebenso wird auch umgekehrt der Pflegling aus der Verwaltung seinem Vormunde zum Ersatz aller Aufopferungen und Auslagen, welche er wegen der Vormundschaft gehabt hat, civiliter verpflichtet. Diese Obligation beruht nicht auf einem Contracte, sondern auf einer allgemeinen Rechtsregel (ex re, quasi ex contractu obligatus est), deren letzter Grund darin besteht, daß die Vormundschaft kein munus patrimonii, sondern ein personale ist. Daraus erklärt sich auch, daß in diesem Falle auch ein völlig Willenloser, und noch dazu seinem eigenen Vormunde verpflichtet werden kann[3062]). Wenn auch der Vormund diese Obligationen schon im Wege der Compensation geltend machen kann, sofern der Pflegling gegen ihn klagt, seine Gegenforderung liquid ist und den Betrag der Hauptforderung nicht übersteigt, so hat man doch, um dem Vormunde ein allgemein ausreichendes, auch außer diesen Fällen wirksames Rechtsmittel zu verschaffen, vier verschiedene contraria iudicia eingeführt, nämlich die actio tutelae contraria für den Tutor, die actio (negotiorum gestorum) utilis contraria für die verschiedenen Curatoren, die actione protutelae und pro curatore negotiorum gestorum contraria für den Protutor und Procurator[3063]). 1) Was das Geschichtliche der Klage anlangt, so hat sie sich durch Juristenrecht ausgebildet[3064]); sie war schon dem Labeo bekannt und wurde bereits zur Zeit des Sabinus auf die verschiedenen Arten der Curatoren angewendet[3065]). 2) Anlangend die Parteien, so ist der Kläger zunächst der

---

3059) Nov. 112. cap. 2. pr.

3060) Zeugnisse aus den Schriften der Glossatoren dafür führt an Rudorff Bd. 3, S. 119, N. 10.

3061) Dig. 27. 4. de contraria tutelae et utili actione. Cod. V. 58. de contrario iudicio tutelae.

3062) L. 1. pr. D. 27. 4. L. 5. §. 1. D. 44. 7. §. 2. Inst. III. 28.

3063) Cic. de off. III. 17. — §. 2. Inst. III. 28. L. 5. §. 1. D. 44. 7. L. 1. pr. §. 1. 2. 8. D. 27. 4. — L. 2. D. 3. 5. Rubr. Dig. 27. 4. de contraria tutelae et utili actione. — L. 5. D. 27. 5. L. 1. §. 1. D. 27. 4.

3064) L. 1. pr. D. 27. 4. „receptum est." Ulpian drückt sich in dieser Stelle so aus, als ob der Prätor diese Klage eingeführt hätte. Siehe dagegen aber Ribbentrop, Correalobligat. S. 54, N. 8.

3065) L. 1. §. 2. D. eod.

Tutor, Curator, Protutor und Procurator selbst, dann aber auch dessen Erben und übrige Successoren, und zwar theils als Nachfolger in die Forderung ihres Erblassers, theils wegen ihrer eigenen Auslagen [3066]). Beklagter ist der Pflegebefohlene selbst, dessen Erben und die übrigen Successoren, auf welche das verwaltete Vermögen fällt. 3) Der Zeit nach kann nach römischem Rechte wenigstens die actio tutelae contraria erst nach beendigter Vormundschaft erhoben werden, weil sie eigentlich eine Nachklage ist und die Vorklage selbst nicht eher gebraucht werden kann. Die actio negotiorum gestorum und protutelae contraria wird hingegen aus demselben Grunde durch diesen Aufschub nicht suspendirt [3067]). Da nach heutigem Rechte jährliche Rechnungsablegung gefordert wird, und die actio tutelae directa auch während der Vormundschaft angestellt werden kann, so versteht es sich von selbst, daß dies auch bei der actio tutelae contraria der Fall sein muß. Veranlassung dazu ist vorhanden, wenn dem Vormunde bei der jährlichen Rechnungsablegung seine Auslagen nicht zugebilligt werden, welchenfalls er dann mit der actio tutelae contraria klagen kann. Der Einwand von Kraut [3067a]), daß es an einer Person fehlt, gegen welche der Vormund klagen könnte, widerlegt sich dadurch, daß dem Mündel zu diesem Processe ein besonderer Vormund zu bestellen ist, der ihn zu vertreten hat. Uebrigens setzt die actio tutelae contraria nicht voraus, daß schon die actio tutelae directa wirklich angestellt worden sei; vielmehr ist sie selbst dann zu gebrauchen, wenn der Pflegling weit mehr schuldet, als er zu fordern hat, und deshalb entweder gar keine Vorklage, oder etwa nur die actio rationibus distrahendis, nicht aber die generelle Vormundschaftsklage anstellen will [3068]). 4) Die intentio in dieser Klage geht auf Entschädigung und Ersatz alles Aufwandes, welchen der Kläger bona fide auf die Verwaltung der Vormundschaft gemacht hat (sumtus bona fide in tutelam facti) [3069]). Soll demnach eine Gegenforderung des Vormundes berücksichtigt werden, so muß Folgendes zusammentreffen: a) es muß eine eigentliche Verwendung, d. h. ein auf die Vormundschaft aus dem eigenen Vermögen des Vormundes gemachter Aufwand sein. Der Vormund kann mithin mit dieser Klage keine Befreiung von der actio tutelae directa verlangen, weil dasjenige, was er vermöge der letzteren dem Pupillen schuldet, keine Aufopferung aus seinem eigenen Vermögen, sondern eine Schuld, mithin nicht Gegenstand einer activen, sondern einer passiven Obligation ist [3070]). Nach heutigem Rechte kann indessen der Vormund nach abgelegter und justificirter

---

3066) L. 1. §. 1. 2. D. eod. L. 5. D. 27. 5. — L. 3. §. 9. D. 27. 4. — L. 5. D. eod.

3067) L. 1. §. 3. L. 4. D. 27. 4.

3067a) Kraut Bd. 2, S. 158.

3068) L. 1. §. 8. L. 2. D. eod.

3069) L. 1. §. 6. L. 3. §. 8. D. eod. L. 33. §. 3. D. 26. 7.

3070) L. 3. §. 1. D. 27. 4.

Schlußrechnung ein absolutorium, d. h. eine feierliche Quittung wegen aller Forderungen aus der Vormundschaft verlangen [3071]). Eben deshalb kann auch der Vormund auch wohl keinen Ersatz des zufälligen Schadens fordern, welchen er bei Gelegenheit der vormundschaftlichen Verwaltung etwa erlitten hat, da diese Gefahr mit zu den nothwendigen Nachtheilen des persönlichen Amtes gehört [3072]), welche den Pupillen doch billiger Weise nicht treffen können. Die Art und Weise der Verwendung kann im Einzelnen sehr verschieden sein. aa) Zuvörderst kann die Verwendung in der Aufopferung eines Rechts bestehen, sei es nun Eigenthum, oder eine Forderung, oder eine actio, was der Vormundschaft zum Opfer gebracht wird. *α*) Der erste Fall, namentlich Ausgabe einer Geldsumme, ist der gewöhnlichste und wird unter dem Ausdruck impensae gewöhnlich allein verstanden [3073]). Einzelne Anwendungen dieses Falles sind z. B., wenn der Vormund drückende Schulden des Pfleglinges abträgt; wenn der Mündel selbst anstatt eines Schuldners befriedigt, welchen er hat insolvent werden lassen, wo er mit der actio contraria Cession der Klage gegen diesen Schuldner fordern kann; wenn er als curator in litem Proceßkosten gezahlt u. s. w. [3074]). Hat nun der Vormund aus einem dieser Gründe Geld für den Pflegling verausgabt, so ist nicht nur dieses Geld, sondern auch dessen Zinsen als Verwendung zu betrachten. Diese Zinsen sind gewöhnlich die landesüblichen, welche der Tutor bei Ausleihung seines Geldes hätte bekommen können. Oft erhält der Vormund jedoch andere Zinsen; waren nämlich die Schulden des Pfleglinges sehr drückend, so sind dem Vormunde selbst die höheren Zinsen zu erstatten, welche er durch Kündigung seines Kapitales aufgeopfert hat, und mußte er ein Darlehn aufnehmen, um seinem Mündel das Geld vorschießen zu können, die Zinsen, welche er selbst seinem Darleiher bezahlen mußte. Auch erhält er diese Zinsen noch nach Beendigung der Tutel bis zur Erstattung der Hauptsumme, weil alle entbehrten Zinsen als Verwendung zu betrachten, mithin ohne Rücksicht auf Verzug zu

---

3071) Dies ist in vielen Particularrechten ausgesprochen. Preuß. Landr. II, 18, §. 885—889. Oesterr. Gesetzb. §. 263. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 78. Hannöv. Vorm.-Instruct. §. 104, 105. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 18, §. 5. Weim. Vorm.-Instruct. v. 26. März 1835 §. 21. Eisenach. Vorm.-O. §. 17. Goth. Landesordn. P. III. Nr. 2, §. 34. Nr. 3, §. 25 a. E. N. Beif. z. Goth. LO. Th. 1, S. 50. Altenb. Landesordn. P. III. Nr. 13, S. 619, 634 flg. Altenb. Vorm.-O. §. 31.

3072) L. 26. §. 6. D. 17. 1. Vgl. Rudorff Bd. 3, S. 124. A. M. ist Voet, Comm. ad Pand. 27. 4. §. 7. wegen L. 52. §. 4. D. 17. 2. L. 61. §. 5. D. 47. 2. Allein der Grund der Entscheidung ist in den letzten Stellen ein anderer, indem in der ersten die Verbindlichkeit der socii zur Mittragung des casus darauf beruht, daß derselbe bei Gelegenheit eines für die Societät vorgenommenen Geschäftes sich ereignet hat, in der letzten auf einer Culpa des Mandanten und Deponenten. Von einer Culpa des Pupillen kann aber doch nicht die Rede sein.

3073) L. 1. §. 5. D. 27. 4.

3074) L. 3. §. 1 sq. D. eod. — L. 95. §. 10. D. 46. 3. vgl. mit L. 1. 2. C. V. 58. — L. 4. C. V. 44. L. 1. §. 9. D. 27. 3.

ersetzen sind, da dem Vormunde die unverzinsliche Vorstreckung seines Geldes an den Mündel nicht zugemuthet werden kann. Jedoch muß der Vormund dabei verständig gehandelt und nicht etwa eigenes Geld verwendet oder fremdes aufgenommen haben, während die Kasse des Mündels hinreichend mit Gelde versehen war. Auch tritt in dieser Beziehung eine eigenthümliche Compensation mit den Zinsen ein, welche der Vormund wegen unterlassener Ausleihung der Mündelgelder oder wegen Verwendung derselben in seinen Nutzen dem Mündel schuldet. Sind nämlich beide Hauptsummen gleich, so werden die Zinsen gegeneinander aufgehoben[3075]. β) Forderungen des Tutor gegen den Pupillen gehören gewöhnlich nicht in das contrarium iudicium, da der Vormund durch die Klage aus der Forderung vollkommen gesichert ist und dieselben keine Verwendung enthalten. Macht aber der Vormund diese Forderung in Betracht seiner Stellung zu dem Pupillen, um vielleicht dessen zerrüttetes Vermögen sich erst erholen zu lassen, nicht geltend und hat nun unterdessen Schaden davon, z. B. durch Verjährung der Klage bis dahin, so wird dieser Schaden durch diese Stundung eine Verwendung und ist deshalb dem Vormunde zu ersetzen[3076]. γ) Auch von Aufopferung eines Klagrechtes kommen Beispiele vor[3077]. bb) Die Verwendung kann aber auch in der Obligation der Person oder der Sachen des Vormundes bestehen. Dann kann derselbe die Befreiung von dieser Obligation durch Expromission oder defensio oder Einlösung seines Pfandes verlangen[3078]. Zwar ließe sich einwenden, daß dem Vormund, wenn er für den Pupillen noch nichts bezahlt, sondern sich erst nur verpflichtet hat, noch nichts fehle (nihil tutori abest); da aber der Gläubiger ihn jeden Augenblick zur Zahlung zwingen kann, so muß schon die Eingehung der Schuld als eine Aufopferung gelten[3079]. cc) Endlich kann die Verwendung auch in persönlichen Diensten bestehen, welche der Vormund für den Pupillen leistet, z. B. in Reisen, die er zu ihm und in dessen Angelegenheiten übernimmt[3080]. b) Es müssen sumtus in tutelam vel curam facti vorhanden sein. Nicht nöthig ist, daß die Verwendung gerade während der Dauer der Vormundschaft gemacht ist. Auch der von dem Vormunde vor dem Anfange der Vormundschaft z. B. als Protutor, curator ventris u. s. w. gemachte Aufwand wird, wenn er ihn stehen läßt, in das iudicium contrarium devolvirt; auch der spätere Aufwand kann, wenn er mit der vormundschaftlichen Verwaltung noch in Verbindung steht, immer noch als sumtus in

3075) L. 3. §. 1—6. D. 27. 4.
3076) L. 1. §. 5—7. D. eod.
3077) L. 2. C. V. 44.
3078) §. 2. Inst. III. 28. L. 5. §. 1. D. 44. 7. Ersteres kann der Vormund nicht blos bei Intercession und Novation, wie Cuiacius, Obs. XXVI. 20. behauptet, sondern bei allen für den Pflegling eingegangenen Obligationen verlangen, z. B. bei Darlehensobligationen. L. 5. §. 1. D. 26. 9.
3079) L. 28. D. 3. 5.
3080) L. 1. §. 9. D. 27. 3.

tutelam betrachtet werden [3081]). Ausgeschlossen sind aber die sumtus in ipsum tutorem facti [3082]), da der Vormund für seine Bemühung weder Geld noch Geldeswerth verlangen kann [3083]). c) Endlich müssen die Ausgaben bona fide gemacht sein, d. h. der Vormund muß einer verständigen Verwaltung und dem wahren Interesse des Pflegebefohlenen gemäß verfahren haben [3084]). Im entgegengesetzten Falle wird der Pflegling entbunden, sollte auch der Vormund ein obrigkeitliches Decret oder eine Bestimmung des Vaters des Pfleglinges aufweisen können [3085]). Ist der Vormund aber ex officio und als sorgfältiger Hausvater zu Werke gegangen, so wird der Pflegebefohlene selbst dann verurtheilt, wenn die Auslagen des Vormundes mehr betragen, als das Mündelvermögen [3086]), wenn dabei kein obrigkeitliches Decret eingeholt ist und wenn die Verwendung ohne Erfolg gewesen ist, z. B. die Sache, worauf sie gemacht wurde, untergegangen ist [3087]). 5) Was die Verurtheilung in dieser Klage anlangt, so wird der Pupill, wenn er nicht durch Leistung des geforderten Objectes sich befreit, in das Interesse verurtheilt, jedoch nie nach dem iusiurandum in litem des Vormundes [3088]). Auch hat die Verurtheilung keine Infamie zur Folge [3089]).

3) Extraordinaria cognitio auf Honorar. Nach älterem römischen Rechte konnte vom Vormunde kein Honorar für die persönliche Mühwaltung gefordert werden. Indessen konnte der Vater dem Vormunde im Testamente ein Vermächtniß aussetzen, auf welches auch geklagt werden konnte. In späterer Zeit durfte die Obrigkeit gleich bei der Bestellung dem Vormunde ein bestimmtes Honorar aussetzen. Es konnte darauf mit einer extraordinaria cognitio oder persecutio geklagt werden [3090]). Das römische Recht ist auch in dieser Beziehung in Teutschland gemeines Recht und es ist dies in einigen Particularrechten ausdrücklich anerkannt [3091]). Allein die meisten Particularrechte berechtigen den Vormund, wenn es die Vermögensumstände des Mündels gestatten, zu dem Anspruche auf eine Vergütung, welche der Richter bald sofort bei Uebertragung der Vormundschaft, bald am Schlusse eines jeden Rechnungsjahres, bald aber auch erst nach Beendigung der Vor-

3081) L. 3. §. 8. D. 27. 4.
3082) L. 33. §. 3. D. 26. 7.
3083) L. 38. D. 3. 5. L. 58. pr. D. 26. 7.
3084) L. 3. C. V. 37. L. 3. pr. §. 5. 6. 8. D. 27. 4. L. 4. C. V. 44. L. 33. §. 3. D. 26. 7.
3085) L. 1. §. 8. L. 3. pr. D. 27. 4.
3086) L. 2. C. V. 30. L. 2. §. 1. D. 27. 2. L. 3. C. V. 37.
3087) L. 3. §. 7. D. 27. 4. L. 38. D. 5. 3.
3088) L. 5. pr. D. 16. 3.
3089) L. 1. L. 6. §. 7. D. 2. 2.
3090) L. 33. §. 3. D. 26. 7. Vgl. L. 7. L. 56. §. 3. D. 17. 1. L. 1. D. 50. 13.
3091) Z. B. revid. Lüb. Recht Lib. I. Tit. 7. art. 13. Preuß. Landr. II. 18, §. 263—265. Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 26, §. 7. Weim. Vorm.-Instr. v. 26. März 1835 §. 20. Altenb. Vorm.-O. §. 27. Rudolst. Vorm.-O. §. 32.

mundschaft zu bestimmen hat[3092]. Auch die Bestimmung der Größe des Honorars ist gewöhnlich dem Richter überlassen, welcher dabei sowohl auf die Mühe und Arbeit des Vormundes, als auch auf die Einkünfte des Mündels Rücksicht zu nehmen hat. Bisweilen ist ihm aber auch ein bestimmter Maßstab dafür gegeben oder doch wenigstens ein Maximum dafür bestimmt[3093].

Zweite Abtheilung. Actio ex stipulatu[3094].

Eine zweite Klage des Pflegebefohlenen entsteht aus einem wahren Contract, nämlich aus der dem Pfleglinge bei der Uebernahme der Vormundschaft zu leistenden Satisdation. Diese Klage ist die actio ex stipulatu und ist ebenso, wie die Stipulation selbst, auf ein incertum, nämlich auf quanti pupilli interest, rem suam salvam oder a tutore servatam non esse[3095], gerichtet. 1) Anlangend den Gerichtsstand dieser Klage, so ist ihr mit der actio tutelae und negotiorum gestorum zwar nicht der besondere Gerichtsstand der geführten Verwaltung, wohl aber der Grundsatz gemeinsam, daß gegen mehrere Bürgen nur ein und derselbe iudex gegeben werden kann[3096]. 2) Kläger ist der Pflegling,

3092) Freiburg. Stat. v. 1520 Bl. 52b. Frankfurt Reform. VII, 13, §. 2. Hamburg. Stat. v. 1603 III, 6, §. 20. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 §. 75. Cod. Max. Bavar. I. 7. §. 15. nr. 5. Würtemb. Landesordn. Tit. 40. Würtemb. Staat und Unterricht für Vormünder v. 1776 Cap. 5, §. 2. Baireuth. Polizeiordn. v. 1746 Tit. 14, §. 15 und die in der vorigen Note angeführten Gesetze vom preuß. Landrechte an. Nach dem Rudolst. Gesetz v. 5. Nov. 1849 sollen Vormundschaften ohne Rechnungsführung unentgeltlich verwaltet werden; bei den mit Rechnungsführung verbundenen Vormundschaften sind dem Vormunde, ohne Rücksicht auf Ueberschuß oder Vorschuß, je nachdem die Jahreseinnahme 1 bis 100 Fl. rh., in der Unterherrschaft 1 bis 60 Thaler oder darüber beträgt, 3 und bezüglich 5 Procent als jährliches Honorar zu bewilligen. Eigenthümlich ist die Bestimmung der Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 31, daß die Führung der Vormundschaft zwar in der Regel unentgeltlich sein solle, aber die obervormundschaftliche Behörde solchen Vormündern, welche nicht bis zum dritten Grade der Seitenlinie einschließlich Verwandte des Pfleglinges sind, eine jährliche Vergütung aus dessen Vermögen bestimmen könne. In Holstein haben nur nicht verwandte Vormünder auf Ansuchen Aussicht auf ein Honorar. Paulsen, schlesw.-holstein. Privatr. §. 168.

3093) Nach v. Kreittmayr, Anm. zum Cod. Max. Bavar. I. 7. §. 15. nr. 5. beträgt in Bayern das jährliche Honorar für den Vormund gewöhnlich ein Zehntheil der Einkünfte des Mündels; nach der hess.-kass. Vorm.-O. v. 1767 §. 9 4 Procent dieser Einkünfte; nach dem österreich. Gesetzb. §. 266 darf die Belohnung nie mehr als 5 Procent der reinen Einkünfte betragen und sich höchstens auf 4000 Gulden jährlich belaufen. Nach der Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 31 darf die Vergütung 4 Procent vom reinen jährlichen Ertrage der Zinsen und Nutzungen und nach der Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 §. 75 2 Procent von dem Kapital des Pupillen nicht übersteigen. Wegen Rudolstadt siehe die vorige Note. Eine würtemberg. Verordn. v. 14. März 1809 enthält ein ausführliches Regulativ über die Größe des Honorars des Vormundes nach Verhältniß der Größe des Vermögens.

3094) Dig. 27. 7. de fideiussoribus (et nominatoribus et heredibus) tutorum vel curatorum. Cod. V. 57. de fideiussoribus tutorum vel curatorum.

3095) L. 32. pr. D. 26. 7. L. 7. D. 27. 7. L. 2. C. V. 57.

3096) L. 12. in fin. D. 46. 6. Vgl. L. 5. C. V. 57.

dessen Erben und sonstige Successoren. 3) Beklagter ist im allgemeinen Jeder, welcher die gerichtliche Stipulation abgeleistet hat. Hierher gehören: a) der Vormund und Protutor oder Procurator selbst, welcher die Caution geleistet hat; b) die Bürgen der Vormünder und Protutoren; c) die Erben aller dieser Personen. Letztere haften nach ihren Erbtheilen [3097]). Sämmtliche Beklagte können aber mit der actio ex stipulatu nur dann belangt werden, wenn die Vormünder nicht cessirt, sondern sich der Verwaltung wirklich unterzogen haben [3098]). Es beruht dies darauf, daß die actio ex stipulatu genau so weit reicht, wie die actio tutelae, negotiorum gestorum und protutelae selbst [3099]). Da nun aber die actio tutelae directa und die anderen ihr ähnlichen Klagen nur gegen denjenigen angestellt werden können, welcher wirklich gerirt hat, so kann die actio ex stipulatu auch nur gegen diesen gerichtet werden. Wenn auch seit Marcus Aurelius die actio tutelae und negotiorum gestorum als utilis actio gegen denjenigen stattfindet, welcher auf seine Gefahr cessirt, so ist doch die actio ex stipulatu ganz in den alten Grenzen stehen geblieben [3100]). 4) Da die stipulatio rem salvam fore eine Satisdation ist, so sind der Beklagten bei dieser Klage immer mehrere und es fragt sich, in welchem Maße diese haften müssen. a) Folgende Regel enthält die allgemeine Antwort auf diese Frage: Alle Beklagte, sowohl der Vormund selbst als dessen Bürgen, haften für das Ganze, was der Vormund aus der Verwaltung der Vormundschaft schuldet. In Folge dessen, daß die Solidität in dieser Obligation nur die gewöhnliche und einfache ist, wonach Alle dasselbe Ganze nur Einmal schuldig sind, wird durch jede Consumtion gegen Einen der mehreren Beklagten die Klage allgemein und gegen Alle consumirt. Eine solche Consumtion liegt in der Zahlung von Seiten des Vormundes oder des Bürgen und in jeder anderen wirklichen Satisfaction für die Tutelschuld, ferner in jeder Remission der actio ex stipulatu, wirke sie nun ipso iure oder durch eine rei cohaerens exceptio, endlich in der Litiscontestation und dem Urtheile gegen den einen Correus [3101]). Zur Abwendung des durch diese processualische Consumtion für den Kläger durch die Insolvenz des belangten Correus entstehenden Nachtheiles giebt schon das ältere römische Recht demselben zwei Mittel an die Hand. Das eine Mittel besteht darin, daß er gleich bei der Cautionsleistung zwei verschiedene Stipulationen interponirt, d. h. daß er, wenn er den Tutor oder Curator fragt: rem salvam fore spondes? von den Bürgen stipulirt: quod a tutore servari non potuerit, tantundem dare spondes? Hierdurch entstehen

---

3097) Gai. III. 120.

3098) L. 24. C. de fideiussor. (VIII. 40. (41.)) L. 6. C. III. 36.

3099) L. 9. D. 46. 6.

3100) L. 4. §. 3. D. eod.

3101) L. 13. §. 12. D. 46. 4. — L. 13. §. 12. cit. L. 28. pr. §. 1. 3. L. 42. pr. §. 1. D. 12. 2. — L. 2. D. 45. 2. L. 7. §. 1. D. 44. 1. L. 28. C. de fideiussor. (VIII. 40. (41.)) L. 1. D. 46. 8. Paul. Sent. II. 17. §. 16.

dann nämlich zwei verschiedene Obligationen, die eine gegen den Tutor auf quanti interest, rem salvam non esse, die andere gegen die Bürgen ad supplendam indemnitatem. Durch die Deduction der ersten in das iudicium von Seiten des Klägers wird die zweite nicht consumirt, weil die exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae dieselbe intentio voraussetzt, hier aber die verschiedenen Stipulationen ganz verschiedene Intentionen begründen. Dasselbe ist sogar schon dann zu behaupten, wenn von den Bürgen gleichfalls ausdrücklich: rem salvam fore spondes? stipulirt worden ist, da diese Stipulation nur den Sinn haben kann, daß der Kläger überhaupt schadlos gehalten sein will, also auch schadlos wegen dessen, was er von dem von ihm zuerst belangten Tutor nicht hat erlangen können[3102]). Das andere Mittel ist, daß der Kläger den Vormund und die Bürgen selbst alle zugleich verklagt, mithin die ganze Frage in Ein iudicium deducirt und so die gleichzeitige Verurtheilung aller bewirkt[3103]). Beide Schutzmittel sind im Justinianeischen Rechte unnöthig geworden, seit Justinian bei allen Bürgen die processualische Consumtion aufgehoben hat und die eben erwähnte verschiedene Conception gesetzlich fingirt wissen will[3104]); die Bürgen des Vormundes werden nun auch erst durch Zahlung des Judicates befreit. b) Was die den Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten anlangt, so fragt es sich, inwiefern dieselben auch in unserem Falle zur Anwendung kommen. aa) Das beneficium ordinis war dem älteren Rechte als allgemeine Rechtsregel fremd[3105]). Die Parteien konnten aber vertragsmäßig bestimmen, daß die Bürgen erst nach vorheriger Ausklagung des Vormundes, wenn der Kläger nicht befriedigt werden würde, sollten belangt werden können. Ein solcher Vertrag lag in der Stipulation: quod a tutore servari non potuerit, tantundem dare spondes?[3106]) Er lag aber auch in der Stipulation: rem pupilli salvam fore spondes? da sie ebenfalls eine Obligation ad supplendam indemnitatem ist, welche vorherige Ausklagung des Hauptschuldners voraussetzt. Hiernach war das Wahlrecht des Klägers schon nach älterem Rechte auf den Fall einer fideiussio simplex beschränkt[3107]). In Folge des den Bürgen bei allen Geschäften durch Justinian gestatteten beneficium excussionis[3108]) ist nicht zu bezweifeln, daß dasselbe auch den Bürgen der Vormünder zustehe. bb) Schwieriger ist die Anwendung des beneficium divisionis auf das vorliegende Verhältniß. Es sind drei Fälle zu unterscheiden: α) Wählt der Kläger den Vormund oder die Vormünder allein, so können diese

---

3102) L. 2. C. V. 57. Ueber die anscheinend widersprechende L. 1. C. V. 75. vgl. Rudorff Bd. 3, S. 137, R. 12.

3103) L. 6. D. 27. 7. L. 12. D. 46. 6.

3104) L. 28. C. de fideiussor. (VIII. 40. (41.))

3105) L. 1. C. V. 57.

3106) L. 116. D. 45. 1. L. 150. D. 50. 16.

3107) L. 2. C. V. 57. L. 7. D. 27. 7. vgl. mit L. 1. C. V. 57.

3108) L. 28. C. de fideiussor. Nov. 4. cap. 1. 3. §. 1.

zwar eine Theilung der Klage unter ihnen selbst nach den Grundsätzen der actio tutelae verlangen, nicht aber eine Theilung der actio ex stipulatu zwischen ihnen und den Bürgen; sie haften vielmehr für das Ganze. Dies konnte schon deshalb nicht anders sein, weil, wenn der Kläger seine incerta actio gegen den Tutor ganz in iudicium deducirte, die condemnatio aber nur auf die Hälfte der Forderung richtete, er den Rest nicht einmal mehr von den Bürgen fordern könnte, weil er Alles consumirt hätte [3109]. β) Will der Kläger den Vormund und die Bürgen zugleich verklagen, so müßte er schon nach dem Civilrechte die Klage gegen Beide theilen, weil sonst das Ganze zweimal bezahlt würde [3110]. Die Größe der Theile, welche er von jedem Einzelnen fordern will, hängt vom Kläger ab; natürlich dürfen sie zusammen das Ganze nicht übersteigen [3111]. γ) Belangt der gewesene Pflegling die Bürgen des Vormundes allein, so haben diese ein beneficium divisionis aus der Person des Hauptschuldners selbst. Denn da die actio ex stipulatu gegen den Bürgen genau auf dasselbe geht, was der Vormund aus der Vormundschaft schuldet, so folgt, daß, wenn dieser als Verwalter eines Theiles oder vermöge des beneficium divisionis nur einen Theil zu bezahlen hat, auch der Bürge nur auf diesen Theil belangt werden kann [3112]. Dagegen können die Bürgen aus ihrer eigenen Person, wenngleich sonst alle Fidejussoren das beneficium divisionis haben, dem Pupillen gegenüber keine Theilung der Klage verlangen, weil dies für den Pupillen insofern eine Härte enthalten würde, als dieser sich mit dem Vormunde und dem Bürgen nicht freiwillig eingelassen hat und durch die Theilung der Klage zur Durchführung seines Anspruches aus der Vormundschaft vor verschiedenen iudices in verschiedenen Processen genöthigt werden könnte [3113]. δ) Das beneficium cedendarum actionum tritt in der gewöhnlichen Weise ein [3114]. 5) Hinsichtlich der Zeit der Anstellung dieser Klage gelten im römischen Rechte ganz die Grundsätze der actiones quasi ex contractu, da die actio ex stipulatu mit dieser objectiv völlig identisch ist [3115]. Gegen den wirklichen Tutor und dessen Bürgen kann nämlich erst nach Beendigung der Tutel geklagt werden [3116]. Gegen Curatoren und Protutoren hingegen wird die Stipulation durch jedes Versehen committirt [3117]; daher kann die Klage auch schon während der Dauer der Verwaltung angestellt werden [3118]. Da indessen nach

3109) L. 1. C. V. 57. Keller, Litiscontestation S. 569.
3110) L. 1. C. cit. Vgl. L. 6. C. eod.
3111) L. 3. §. 1. D. 45. 2.
3112) L. 46. §. 6. L. 51. D. 26. 7. L. 6. D. 27. 7.
3113) L. 12. D. 46. 6.
3114) L. 12. D. cit.
3115) L. 7. §. 1. L. 8 D. 27. 3. L. 4. §. 4—7. D. 46. 6.
3116) L. 4. §. 6. D. 46. 6.
3117) L. 4. §. 7. D. eod.
3118) L. 1. D. 27. 7. L. 26. D. 27. 7. Beide Stellen, aus Paulus lib. 24. ad Edictum. entlehnt, machten ursprünglich ein Ganzes aus. Cuiacius, Opp. post. T. II. p. 388.

heutigem Rechte die actio tutelae directa auch während der Vormundschaft angestellt werden kann, so können auch die Bürgen des Vormundes heutzutage während der Vormundschaft belangt werden [3119]).

Dritte Abtheilung. Actio adversus affirmatores, nominatores, postulatores [3120]).

Da von dieser Klage bereits in einem früheren Artikel dieses Werkes gehandelt worden ist [3121]), so ist darauf zu verweisen.

Vierte Abtheilung. Actio adversus magistratus [3122]).

A. Begriff und allgemeine Natur.

War von den bisher beschriebenen Klagen keine anwendbar, weil überall kein Vormund bestellt worden ist, oder waren die sämmtlichen Processe gegen die Vormünder selbst, deren Erben, Bürgen, Pfandbesitzer, Nominatoren u. s. w. ohne vollständigen Erfolg durchgeführt worden, so hatte der Kläger nach älterem Rechte überall keinen Weg mehr zur Erlangung des Ersatzes des aus der Verwaltung oder Verwahrlosung seines Vermögens erwachsenen Schadens. Am wenigsten konnte er gegen die Magistrate des Municipiums, dem er angehörte, seinen Regreß nehmen, da sie vermöge ihrer früheren unabhängigen Stellung einer solchen Verantwortlichkeit eben so vollständig überhoben waren, als der Consul oder Prätor in der seinigen [3123]). Als aber zur Zeit der Kaiser die Municipalgerichte theils zu dem Prätor, theils zu den iuridici in das Verhältniß gewöhnlicher Untergerichte traten, so bildete sich wegen ihrer Amtsthätigkeit eine Verantwortlichkeit gegen die Betheiligten aus. Diese Verantwortlichkeit ist bei der Vormundschaft bestimmt anerkannt dadurch, daß ein Senatusconsult unter Trajan [3124]) dem Pflegebefohlenen, wenn die Klagen gegen die Vormünder, Bürgen u. s. w. entweder unzulässig gewesen sind oder nicht zur vollständigen Entschädigung geführt haben, noch ein letztes Hilfsmittel (actionem in subsidium indemnitatis nomine, actionem, quae ultimum eis praesidium possit afferre) [3125]) in einer Klage gegen die Magistratus gegeben hat. Der allgemeinere Kunstname dieser Klage ist in den Institutionen, Digesten und Codex und in den Basiliken subsidiaria actio schlechthin, der

3119) Stryk, Us. mod. Pand. Lib. 27. Tit. 3. §. 7. Kraut Bd. 2, S. 157.

3120) Dig. 27. 7. de (fideiussoribus et) nominatoribus (et heredibus) tutorum vel curatorum. Cod. V. 46. Si mater indemnitatem promiserit.

3121) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 185.

3122) Dig. 27. 8. de magistratibus conveniendis. Cod. V. 75. de magistratibus conveniendis. Vgl. Gebauer, diss. de actione tutelae adversus magistratus. Lips. 1726. et in Exerc. acad. T. I. n. 8. p. 209—234.

3123) §. 2. Inst. I. 24. L. 1. §. 1. D. 27. 8.

3124) L. 2. D. 27. 8. L. 5. C. V. 75.

3125) L. 5. C. V. 75. §. 2. Inst. I. 24.

genauere im Codex actio utilis, bei Theophilus actio in factum [3126]). Nach der Versicherung Modestin's wird gegen die Magistratus dieselbe Klage, wie gegen die Tutoren selbst, gegeben [3127]). Auf Grund dieses Zeugnisses Modestin's erklären schon Martinus und nach ihm die meisten Juristen aller Schulen die Klage für eine actio tutelae utilis. Dagegen hält sie schon Bulgarus für eine actio in factum subsidiaria, welche nur im materiellen Sinne, nämlich insofern sie eine Ausdehnung der Ansprüche aus der Tutel enthalte, utilis genannt werden könne, und dieser Meinung sind auf die Auctorität des Theophilus, der gewiß den Namen actio in factum nicht selbst erfunden, sondern vorgefunden und nur auf seine Weise erklärt hat, Andere beigetreten [3128]). Beide Meinungen enthalten, wie Rudorff bemerkt hat [3129]), nur jede in verschiedener Beziehung, etwas Richtiges. Denn die demonstratio und intentio kann nicht die der actio tutelae directa oder utilis sein, da der Magistrat weder aus der Verwaltung, noch aus der Cessation bei der Tutel verantwortlich sein würde. Hier muß also nothwendig der Klaggrund durch nähere Darstellung des factischen Herganges des Versehens der Magistratus demonstrirt, kurz die Klage muß in factum concipirt gewesen sein, so daß Theophilus nicht nöthig gehabt hätte, diesen Ausdruck blos durch eine Klage auf das Factum der Indemnisation zu erklären. Allein die condemnatio geht nicht auf Strafe, sondern auf Ersatz desjenigen, was der Kläger mit der actio tutelae, negotiorum gestorum und protutelae zu fordern hatte (quidquid ex tutela dari fieri oportet), aber von dem Vormunde selbst und dessen Bürgen nicht hat erlangen können. Wegen dieser Identität der condemnatio kann die Klage mit Recht eine actio tutelae utilis genannt werden.

B. Parteien.

1) Kläger in dieser Klage ist der Pupill, Minderjährige und die übrigen unter Vormundschaft stehenden Personen [3130]). Jedoch hat der Pupill diese Klage immer erst nach Beendigung der Tutel, da sie ihm erst nach Ausklagung seines Tutors, welchen er nicht früher belangen kann, zusteht [3131]). Ebenso haben die Erben und sonstigen Successoren dieser Personen die Klage [3132]). Der Vormund selbst hat in seinem Namen keine Klage gegen die Magistratus, da das Senatusconsult durchaus nur vom Pupillen spricht. Dieser Satz ist gewöhnlich ohne

3126) §. 2. Inst. cit. L. 1. pr. §. 4. D. 27. 8. L. 5. C. V. 59. Basil. 38. 8. cap. 1. th. 1. 2. — L. 1. 5. C. V. 75. — Theophil. ad §. 2. Inst. cit.

3127) L. 9. D. 27. 8.

3128) Cuiacius, Paratitl. ad Dig. 27. 8. Recitat. ad Cod. V. 75. Fabrotus, Apolog. prograecis Basilicus Interpretibus et Theophilo in Otto, Thes. iur. T. III. p. 1145. Reitz, Excurs. ad Theophil. T. II. p. 1199 sq.

3129) Rudorff Bd. 3, S. 155 flg.

3130) §. 2. Inst. I. 24.

3131) L. 5. C. V. 75.

3132) L. 1. §. 4. D. 27. 8.

Härte; denn wenn z. B. von zwei Vormündern, welche beide keine Caution bestellt haben, der eine wußte, daß sein College nicht cavirt hatte, so konnte er der Gefahr durch Forderung der Caution von seinem Collegen oder durch Antrag auf dessen Absetzung entgehen. Wenn er aber nicht wußte, daß die Caution unterlassen war, in dieser Beziehung also ohne Verschuldung ist und nun das Ganze bezahlt, ohne daß ihm der Pupill seine Klage gegen den Magistrat cedirt hat, so würde es sehr unbillig sein, ihm die Culpa des Magistrates zur Last zu legen. In solchen Fällen hat er denn auch eine Klage gegen den Magistrat[3133]). 2) Beklagte sind: a) nach den Worten des Senatusconsultes selbst nur die magistratus municipales, d. h. die Duumvirn oder Quatuorvirn des Municipiums oder der Colonie, also die italischen und die Stadtobrigkeiten der Provinzialstädte, welche ius Italicum hatten[3134]). b) Später hat die Klage eine doppelte Ausdehnung erfahren. aa) Hadrian verstattete sie gegen denjenigen, welcher vom Magistrat oder ordo zum Behufe der Prüfung der Satisdationen erwählt und committirt ist[3135]). bb) Eine andere Ausdehnung bezieht sich auf den ordo decurionum, welcher den Magistraten zur Seite stand. Gegen diesen geht die Klage nicht, wenn die Magistratus selbst die Tutoren bestellt haben[3136]), sondern nur dann, wenn der Magistrat todt, abwesend oder gar nicht vorhanden ist und deshalb der ordo allein die nominatio, datio tutoris oder die satis exactio besorgt[3137]). Andere Erweiterungen hat das Senatusconsult nicht erhalten, namentlich ist es niemals auf höhere Magistrate, welchen tutoris datio zusteht, ausgedehnt worden, weil diese entweder die satis exactio den niederen Magistraten überlassen oder statt aller Satisdation selbst die Tüchtigkeit des Vormundes prüfen und ihn dann ohne weiteres anstellen[3138]). 3) Da der Magistratus immer mehrere zu sein pflegen, so fragt es sich nach dem Verhältnisse, zu welchem jeder Einzelne von ihnen hafte. Im allgemeinen haftet auch hier jeder für das Ganze, jedoch so, daß der Erwählte und Belangte durch Zahlung des Ganzen sowohl sich selbst, als den Collegen befreit[3139]). Diese Regel setzt aber, wie bei den Vormündern, Culpa voraus und hat auch die gewöhnlichen Milderungen erfahren. a) Zunächst haben nämlich mehrere

3133) L. 2. 3. D. eod. Vgl. über die hier stattgefundene Interpolation Rudorff Bd. 3, S. 158, N. 4.

3134) L. 5. C. V. 75. §. 2. Inst. I. 24. L. 1. pr. §. 3. D. 27. 8. L. 53. D. 26. 7.

3135) L. 1. §. 8. D. 27. 8. Darüber, wem dieses nach späterer römischer und byzantinischer Gerichtsverfassung oblag, siehe Schol. ad Theophil. §. 2. Inst. I. 24. Nov. 94. epilog. S. Rudorff Bd. 3, S. 159, N. 7.

3136) L. 1. pr. in fin. D. 27. 8.

3137) L. 19. D. 26. 5. L. 3. D. 26. 6.

3138) Gai. I. 200. pr. §. 4. Inst. I. 24. L. 1. §. 1. D. 27. 8.

3139) Wichtig ist in dieser Beziehung das mit dem Senatusconsult fast gleichzeitige Rescriptum Claudii Quartini bei Terrason, Histoire App. p. 44. abgedruckt bei Rudorff Bd. 3, S. 162, N. 16.

Magistratus das beneficium excussionis, d. h. wenn nur Einer von ihnen die Vormünder bestellte, so kann der Zweite zuvörderst Ausklagung des Ersteren verlangen, damit er nur wegen des Restes hafte. Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn die Magistratus unter sich ausgemacht haben, daß die Vormünder nur auf Gefahr des Einen unter ihnen bestellt werden sollten; denn wenn auch einen solchen Vertrag das ius publicum, vermöge dessen jedem Einzelnen das Amt ganz übertragen, nach ausdrücklicher Bestimmung Hadrian's nicht verändern, d. h. die Verbindlichkeit des Einen überhaupt nicht aufheben kann, so wird doch dadurch derjenige allein gerens, welcher die Gefahr übernimmt[3140]), und muß daher ausgeklagt werden, ehe der College belangt werden kann[3141]). b) Dann haben sie aber auch das beneficium divisionis, vorausgesetzt, daß beide zahlungsfähig sind und nur wegen Culpa, nicht wegen dolus belangt werden; denn im ersten Falle würde das Vermögen des Pupillen nicht res salva sein, im zweiten haften die Magistratus zur Strafe für das Ganze[3142]). Stirbt demnach der eine der beiden Collegen ohne Erben, so kann der Pupill den anderen ungehindert auf das Ganze belangen[3143]). c) Auch die Anwendung des beneficium cedendarum actionum gegen den Collegen auf den Magistratus ist aller Analogie nach unbedenklich. 4) Gegen die Erben der ursprünglichen Beklagten geht die Klage nach den Worten des Senatusconsult nicht; sie ist aber später theils durch kaiserliche Constitutionen, theils durch juristische Interpretation gegen sie erstreckt worden[3144]). Nach einem Rescripte von Antoninus Pius nämlich soll sie causa cognita auch gegen die Erben des Magistratus gerichtet werden können[3145]), und diese causae cognitio hat man später so aufgefaßt, daß sie bei dolus und lata culpa des Magistratus, z. B. wenn er keine Caution forderte oder augenscheinlich untüchtige Bürgen annahm, auch gegen die Erben stattfindet, bei levis culpa hingegen nicht gegen die Erben geht. Diese Interpretation ist später noch durch ein Rescript von Alexander Severus bestätigt worden[3146]). 5) Besondere Sicherungen wegen dieser Klage finden in der Regel nicht statt. Namentlich kann sie in der Regel gegen die Nominatoren und Bürgen des Magistrates (gewöhnlich die Vorgänger oder den ordo) nicht gerichtet werden, da diese sich nur für die Ansprüche der Stadt gegen den Magistrat, nicht aber für seine Verpflichtungen gegen die Pupillen verbürgt haben[3147]), da ihre Stipulation auf rem publicam, nicht rem pupilli salvam fore lautet. Hat aber der

3140) L. 5. §. 3. D. 26. 7.
3141) L. 1. §. 9. D. 27. 8.
3142) L. 7. D. eod.
3143) L. 8. D. eod.
3144) §. 2. Inst. I. 24.
3145) L. 6. D. 27. 8.
3146) L. 96. §. 1. D. 46. 3. L. 4. 6. D. 27. 8. L. 2. C. V. 75.
3147) Tit. Cod. de periculo eorum, qui pro magistratibus intervenerunt. (XI. 35. (34.)) L. 2. §. 5. D. 50. 1. L. 1. pr. D. 27. 8.

ordo das periculum des Magistrates überhaupt übernommen, dann hat er sich auch für das letztere verbürgt und es findet dann gegen die bei diesem Beschlusse gegenwärtig gewesenen Mitglieder die actio utilis (subsidiaria) statt, wenn sie auch nicht durch Stipulation sich verbindlich gemacht haben, da die Nomination des Magistrates und die ausdrückliche Erklärung des ordo nach einem Senatusconsulte dieser völlig gleichsteht [3148].

C. Culpa des Beklagten.

Sollen die Beklagten in dieser Klage verurtheilt werden, so wird vorausgesetzt, daß sie an dem Schaden des Pfleglings schuld sind, und haben die Magistratus selbst in der Regel für omnis culpa zu haften [3149]. War also der Tutor durch unvorhergesehene Zufälle zahlungsunfähig geworden oder hatte der Kläger selbst seinen Schaden verschuldet, weil er oder sein Curator versäumte, den Vormund oder die Bürgen zu rechter Zeit, d. h. gleich nach Beendigung der Vormundschaft, wo sie zahlungsfähig waren und ihm die Klage zustand, zu verklagen, so müssen die Magistratus entbunden werden [3150]. Der Kläger hat aber nicht nöthig, dem Magistrat dessen Culpa speciell nachzuweisen; vielmehr genügt es, wenn der Kläger die Nichtbestellung oder die Zahlungsunfähigkeit der Vormünder zur Zeit der Klage dargethan hat, und es ist nun Sache des Magistrates; sich durch Nachweisung des Casus oder der Schuld des Klägers zu reinigen, d. h. zu beweisen, daß sie zur Zeit der Bestellung oder doch zur Zeit der Beendigung der Tutel (tempore tutelae), also der actio nata, zahlungsunfähig gewesen sind [3151]. Im einzelnen kann dieser dolus und diese Culpa des Magistratus noch in verschiedener Weise zur Sprache kommen. 1) Zunächst kann die Schuld des Magistrates darin liegen, daß überall kein Vormund bestellt worden ist und es wird dies für eine lata culpa zu halten sein. Es wird aber vorausgesetzt, daß der Magistrat an die Bestellung erinnert worden ist, weil er in einer volkreichen Stadt die Bedürfnisse der einzelnen Familien von Amtswegen zu kennen weder vermag, noch verpflichtet ist [3152]. 2) Die Schuld kann aber auch darin bestehen, daß der Magistrat keine Bürgschaftsleistung gefordert hat, und es wird auch dies für lata culpa zu halten sein, selbst wenn die Bürgschaftsbestellung nicht ausdrücklich anbefohlen oder aufgetragen gewesen sein sollte, weil sie nach allgemeiner Rechtsregel nothwendig ist [3153], sofern nicht eine gesetzliche Ausnahme

---

3148) L. 1. pr. D. 27. 8.

3149) L. 1. §. 2. 3. L. 4. 6. 7. D. eod. L. 2. C. V. 75.

3150) L. 1. §. 11. D. eod. — L. 1. §. 12. D. eod. L. 5. D. 26. 3. L. 53. D. 26. 7.

3151) L. 1. §. 13. D. 27. 8. L. 11. D. 22. 3. L. 53. D. 26. 7. L. 3. C. IV. 19.

3152) L. 4. §. 8. D. 29. 2. L. 1. §. 6. D. 27. 8. L. 2. §. 5. D. 50. 1.

3153) L. 1. §. 11. 17. D. 27. 8. L. 53. D. 26. 7. L. 3. §. 13. D. 15. 1. L. 5. D. 26. 3. L. 2. §. 5. D. 50. 1. §. 2. Inst. I. 24.

eintritt und weil namentlich die Magistratus nie berechtigt sind, die Tüchtigkeit der Tutoren durch eigene Untersuchung zu prüfen, wie dies die höheren Behörden thun dürfen. 3) Ebenso haften die Magistratus auch dann, wenn der Vormund und die Bürgen zwar bestellt, aber nicht idonei waren [3154]), und zwar haften sie hier: a) wenn sie selbst den Vormund bestellten oder nach der datio von Seiten des höheren Magistrates auf dessen Befehl die Bürgschaft forderten [3155]); b) als Nominatoren, wenn sie dem Provinzialstatthalter untüchtige Vormünder vorschlugen oder demselben Bericht über die Tauglichkeit anderweit vorgeschlagener Vormünder und Bürgen abstatteten, die Bestellung selbst aber vom Statthalter ausgegangen ist. Jedoch haften nach einem Rescript von Marcus diejenigen, welche dem Statthalter blos berichten, nicht gleich denen, welche selbst bestellt haben, weil in diesem Falle der Statthalter die Gefahr der Anstellung selbst übernimmt. Sie stehen also nur für dolus oder lata culpa ein, z. B. wenn sie absichtlich durch Gunst oder Bestechung falsch berichtet haben [3156]). In beiden Fällen kommt den Magistraten auch nicht die Entschuldigung zu Statten, daß in ihrem Gerichtsbezirke keine tüchtigen Vormünder zu finden gewesen seien, weil sie aus den benachbarten Bezirken taugliche Personen vorschlagen konnten, damit der höhere Magistrat dieselben entweder selbst anstellen oder durch einen Auftrag an das zuständige Gericht deren Anstellung verfügen konnte [3157]).

D. Zweck und Erfolg.

Die condemnatio in dieser Klage ist auf Alles gerichtet, was der Kläger aus der Tutel fordern darf [3158]), sofern er es durch Ausklagung der Vormänner nicht hat erlangen können [3159]). Er kann daher nicht blos Kapital, sondern auch Zinsen fordern, nach einem Rescripte von Sept. Severus und Caracalla; denn wenn auch von Strafen keine Zinsen bezahlt werden, so gilt doch deshalb hier eine Ausnahme, weil die Strafe eben das Object der actio tutelae ist, mit dieser aber auch Zinsen gefordert werden dürfen [3160]).

E. Ordo conventionis.

Da der Beklagte dieses Object nur soweit zu bezahlen hat, als es von den Vormündern und deren Bürgen nicht erlangt worden ist, so kann er nur dann sofort belangt werden, wenn gar keine Vormünder bestellt worden sind [3161]). Im entgegengesetzten Falle findet eine Reihen-

---

3154) L. 2. §. 5. D. 50. 1.

3155) L. 1. §. 5. D. 27. 8. L. 2. §. 5. D. 50. 1. L. 46. §. 6. D. 26. 7. L. 5. D. 26. 3. L. 2. 3. C. V. 75.

3156) L. 1. §. 2. 3. 5. D. 27. 8. L. 2. §. 5. D. 50. 1.

3157) L. 1. §. 10. D. 27. 8.

3158) L. 9. D. eod.

3159) L. 5. D. 26. 3. L. 3. C. V. 75.

3160) L. 9. D. 27. 8.

3161) L. 1. §. 6. D. eod.

folge der zu Belangenden (ordo conventionis) statt, ähnlich derjenigen, welche bei der Klage der Stadt gegen ihre Duumvirn und Curatoren eintritt[3162]). Hiernach haften: 1) zuerst der administrirende oder cessirende Vormund und deren Erben[3163]); 2) dann dessen Bürgen[3164]) sowie die Besitzer in fraudem tutelae veräußerter Sachen, welche mit dem interdictum fraudatorium zu belangen sind[3165]); 3) hierauf die Nominatoren des Vormundes[3166]); 4) demnächst die Collegen des Vormundes oder die Contutoren, welchen dieselbe ganze Verwaltung übertragen war (ad quorum periculum consortium administrationis spectat, qui periculo soliditatis sunt obstricti)[3167]), wenn sie den Schaden des Pupillen selbst verschuldet haben[3168]), indem sie nicht, wie die Nominatoren, fidei nomine, sondern negligentiae et poenae nomine haften[3169]); 5) erst wenn der Pupill von allen diesen Personen das Ganze nicht erlangen konnte, kann er die Magistratus belangen[3170]). 6) Die Letzten, an welche sich der Kläger noch halten kann, sind die Collegen des schuldigen Tutors, sofern dieselben nicht schon vor den Magistratus belangt werden konnten. Hierher gehören: a) die Vormünder der anderen Regionen, welchen mithin die Verwaltung eines ganz separaten Theiles des Vermögens übertragen ist (muneris participes), wenn sie den Tutor der anderen Region nicht als suspect postulirten oder keine Caution von ihm verlangten[3171]); b) tutores honorarii, weil sich diese in der That zu der vormundschaftlichen Verwaltung überhaupt oder zu der ganzen Vormundschaft, wie muneris participes zu der fremden Region verhalten. Da nun diese letzteren erst nach den Magistratus und auch dann nur wegen Culpa belangt werden können, so ist wegen gleichen Grundes dasselbe von den tutores honorarii zu behaupten[3172]). Doch sind viele neuere Juristen anderer Ansicht[3173]), indem sie gerade

3162) L. 11. 13. D. 50. 1. L. 46. §. 1. D. 26. 7. Tit. Cod. Quo quisque ordine conveniatur. (XI. 36. (35.))

3163) L. 53. D. 26. 7. L. 5. D. 26. 3.

3164) L. 4. 5. C. V. 75.

3165) L. 1. C. eod.

3166) Denn sie haften vor den Bürgen arg. L. 2. C. quoquisque ordine, aber vor den Collegen L. 11. D. 50. 1.

3167) L. 4. C. V. 75. L. 5. vgl. mit L. 3. D. 27. 8. L. 46. §. 1. in fin. D. 26. 7. L. 1. §. 15. D. 27. 3. L. 2. D. 27. 8.

3168) Denn für den casus haften sie nicht. L. 1. §. 15. D. 27. 3. L. 46. §. 1. D. 26. 7.

3169) L. 11. D. 50. 1.

3170) L. 1. 4. 5. C. V. 75., in welchen Stellen die Nominatoren nach dem Zusammenhange Magistratus sind. Bei städtischen Curatoren haften die Magistratus vor dem Collegen. L. 46. §. 1. D. 26. 5.

3171) L. 46. §. 6. D. 26. 7. L. 2. 4. C. Quo quisque ordine.

3172) Lauterbach, Exerc. acad. de honor. tutor. (Tub. 1655.) cap. III. §. 30. 4. 7—11. Rudorff Bd. 3, S. 174. Diese Ansicht ist hier angenommen und mit den vom Letzteren angeführten Gründen vertheidigt.

3173) Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 601. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. §. 250. Glück, Erl. der Pand. Bd. 30, S. 421 flg. Sintenis, Civilr. §. 153, N. 1 a. E. Bd. 3, S. 292.

umgekehrt Vorausklagung der honorarii vor den Magistratus behaupten. Sie machen erstens dafür geltend, daß die Klage gegen die Magistratus ultimum praesidium oder subsidiaria actio genannt wird. Die Unrichtigkeit dieser im allgemeinen wahren Bezeichnung im einzelnen ergiebt sich schon aus dem Beispiele der participes tutelae, welche ja auch erst nach den Magistratus ausgeklagt werden können[3174]. Dann berufen sie sich auf die Analogie der solidarischen Mitvormünder, welche allerdings wegen Culpa vor den Magistratus belangt werden. Von den Analogien ist aber die nähere, ja die einzig mögliche, die der muneris participes, welchen die Verwaltung ebenso wie den honorariis entzogen war, nicht die der in solidum administrirenden, welche natürlich wegen jeder Culpa und Cessation zunächst und sofort haften müssen. Nach der Behauptung Anderer[3175] hingegen soll der tutor honorarius, wenn er in culpa sei, z. B. nicht auf Absetzung angetragen habe, vor dem Magistrate, sonst erst nach demselben haften. Allein ohne Culpa haftet der honorarius überall nicht, weder vor, noch nach dem Magistrat[3176]. Denn hat er suspect postulirt, so hat er seine Schuldigkeit gethan und hat für nichts weiter zu haften, da er nicht in solidum verpflichtet ist, weder als gerens, weil er nicht gerirt hat, noch auch als periculo suo cessans, weil er nicht verpflichtet war, zu geriren. c) Tutores und curatores notitiae causa dati haften ebenso wie honorarii[3177].

F. Heutiges Recht.

Die heutige Obervormundschaft hat, wie bereits früher bemerkt wurde, einen weit größeren Umfang als bei den Römern. Da sie die Beförderung des Vortheiles der Pflegebefohlenen und deren Sicherstellung gegen Nachlässigkeiten der Vormünder bezweckt, so entsteht daraus nicht nur ein weit größerer Einfluß der obervormundschaftlichen Behörden auf die Bestellung der Vormünder, sondern auch eine weit strengere Aufsicht über deren Verwaltung, als sie bei den Römern hatten. Diese Aufsicht zeigt sich, außer bei der Verpflichtung des Vormundes zur Rechnungsablegung, namentlich auch darin, daß er nichts Wichtiges in Vormundschaftsangelegenheiten ohne vorherige Anfrage bei der Obervormundschaft unternehmen darf[3178], während sie auf der anderen Seite auch den Vormund berechtigt, auch da, wo er nicht dazu verpflichtet ist, Belehrung von der obervormundschaftlichen Behörde zu

3174) L. 46. §. 6. D. 26. 7.

3175) Giphanius, Explanat. difficil. et celebr. legg. Cod. Lib. V. ad L. 2. de divid. tut. p. 464. v. Löhr, kurze Bemerk. z. Lehre von der Vormundschaft §. 2 (im Archiv f. civil. Praxis Bd. 11, S. 5 flg.).

3176) L. 3. §. 2. D. 26. 7.

3177) L. 1. C. V. 38.

3178) Es wird dies zwar für das gemeine Recht von Manchen bezweifelt, z. B. von Sintenis, Civilrecht Bd. 3, S. 289 in der Note; allein man muß Rudorff und Kraut hierin beitreten, da in den vielen Particularrechten, welche diesen Grundsatz aussprechen, sich nur eine gemeinsame Rechtsüberzeugung ausspricht, auch schon die jährliche Rechnungsablegung dazu führt.

verlangen. In den Fällen der ersteren Art ist zwar die Behörde, wenn der Vormund nach ihrem Beschlusse handelt, zunächst verantwortlich, weil derselbe hier durch sie gebunden ist. Allein meistens gehört auch in diesen Fällen die erste Einleitung und Vorprüfung des Geschäftes zum Kreise seiner Thätigkeit, deren Ergebniß er der obervormundschaftlichen Behörde vorzulegen hat, und versäumt er hierin etwas, so ist er ebenfalls verantwortlich. In den Fällen der letzteren Art hingegen, wo es seinem Willen überlassen ist, sich an die obervormundschaftliche Behörde zu wenden oder nicht, kann er dadurch, daß er um Belehrung ansucht und in Gemäßheit derselben handelt, die Verantwortlichkeit nicht von sich ablehnen und sie auf die Behörde übertragen. Denn die teutsche Obervormundschaft will nur die Controle über den Vormund verstärken und die Pflegebefohlenen noch mehr sichern, ohne dem Vormunde deshalb die Hauptverantwortlichkeit abzunehmen oder ihn zum bloßen Diener und Vollstrecker der Befehle der obervormundschaftlichen Behörde zu machen. Die Erklärung derselben ist hier vielmehr nur ein Rath, für welchen sie nur soweit verantwortlich ist, wie jeder andere Rathende[3179]). Ebensowenig ist aber auch die obervormundschaftliche Behörde berechtigt, etwas mit Umgehung des Vormundes zu verfügen, insofern dies nicht nach den Regeln der oberaufsehenden Gewalt oder auch dadurch gerechtfertigt werden kann, daß sie als höhere Instanz angegangen ist. Seit der Annahme des römischen Rechtes ist es nun anerkannter Grundsatz in Teutschland geworden, daß, wenn die obervormundschaftliche Behörde aus böslicher Absicht oder aus Nachlässigkeit die ihr obliegenden Pflichten nicht erfüllt, die römische actio subsidiaria adversus magistratus auf Entschädigung gegen sie stattfindet, ein Grundsatz, welchen viele Particularrechte anerkennen[3180]). Da aber in Teutschland obrigkeitliche Bestätigung eines jeden Vormundes nothwendig ist, und die Obrigkeit stets von Amtswegen auf Sicherheitsbestellung von seiner Seite dringen und die Aufsicht über ihn führen muß, so ist diese Klage nicht, wie bei den Römern, nur gegen gewisse obervormundschaftliche Behörden, sondern gegen alle zulässig; auch beschränkt sie sich nicht blos auf die Fälle, wo sie nach römischem Rechte zulässig ist, sondern sie findet jedesmal statt, wenn eine solche Behörde ihre Pflicht vernachlässigt hat. Da ferner nach unserer heutigen Staatsverfassung nicht nur die Vorsteher derselben, sondern die Behörde selbst als moralische Person jene Pflichten auf sich hat, so kann auch nicht der römische Grundsatz, daß gegen die ersteren allein die Klage stattfinde, in Teutschland Anwendung finden, sondern es ist hier die ganze Behörde, jedoch mit später zu erwähnenden näheren Bestimmungen, dem Kläger zur Entschädigung verbunden. Was das Maaß der Verantwortlichkeit der obervormundschaftlichen Behörde anlangt, so muß dieselbe offenbar schon

---

3179) Mittermaier, im Archiv für civil. Praxis Bd. 16, S. 230 flg.
3180) Z. B. preuß. Landr. II, 18, §. 301—307. Oesterr. Gesetzb. §. 265.

deshalb stets omnis culpa vertreten, weil von ihr in allen ihren Amtshandlungen die derselben entsprechende Sorgfalt verlangt werden kann und kein Grund der Art vorliegt, wie bei dem Vormunde, sich mit einem eigenthümlichen Maßstabe dafür zu begnügen. Es ist sogar anzunehmen, daß die Behörde, wenn sie überhaupt subsidiarisch zu haften hat, in demselben Falle omnis culpa vertreten muß, wo der Vormund nur diligentia, quum suis rebus adhibere solet, zu prästiren haben würde, weil es nicht dieselbe, sondern verschiedene Obligationen sind, woraus beide haften [3181]). — Die römischen Bestimmungen über die Beweislast bei der actio subsidiaria halten Manche nicht mehr für anwendbar, indem sie annehmen, daß hierin das römische Recht durch die allgemeine Vorschrift des kanonischen Rechtes: quod tanta sit iudiciaria auctoritas, ut praesumi debeat, omnia legitime processisse, donec contra iudicem aliquid legitime comprobetur [3182]), aufgehoben sei. Allerdings reicht man mit den Bestimmungen des römischen Rechtes hier nicht mehr aus [3183]). Ferner kommen auch bei solchen, welche gerade in der Beweislast keine principielle Aenderung als eingetreten behaupten, Ansichten und Anwendungen vor, welche nicht zu billigen sind. So wird z. B. behauptet, daß, wenn die verklagte Behörde leugne, daß sie den Bevormundungsfall (der ihr ja in großen Gerichtssprengeln leicht entgehen könne) erfahren habe, so müsse der Kläger diesen zum Fundamente der erhobenen subsidiarischen Klage gehörigen Umstand beweisen [3184]). Allein mit Sintenis ist der Fall gerade umgekehrt zu beurtheilen. Ist ein Unmündiger nicht bevormundet, so ist dies ohne Zweifel Nichterfüllung einer obervormundschaftlichen Pflicht und diese Thatsache reicht zur Anstellung der Klage hin; denn die allgemeine Verpflichtung der obervormundschaftlichen Behörden, für die Bevormundung zu sorgen, umfaßt sicher auch die Nothwendigkeit, Anstalt zu treffen, daß sie zeitig von dem Eintritte solcher Fälle in Kenntniß gesetzt werden [3185]). Wird nun ein Fall als zu ihrer Kenntniß gekommen in Abrede gestellt, so ändert diese Unbekanntschaft an der Verantwortlichkeit daraus nichts, so lange nicht eine Schuldlosigkeit derselben dargethan ist, und diesen Beweis muß offenbar die Behörde führen. Es ist so zu unterscheiden [3186]). Die römischen Bestimmungen beziehen sich nur auf die Umstände und Thatsachen, welche den Klagepunkt der römischen subsidiarischen Klage bilden können. Nun wird zwar ungeachtet der Erweiterung der obervormundschaftlichen Pflichten, namentlich in Ansehung der Aufsichtsführung

3181) Sintenis, Civilr. Bd. 3, S. 289 in der Note.

3182) Cap. 16. X. II. 27. cap. 6. X. I. 9. Vertheidiger dieser Ansicht führt an Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 441, N. 11, welcher selbst bei den Vorschriften des römischen Rechtes beharrt.

3183) Sintenis a. a. O.

3184) So Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 7, S. 308 flg.

3185) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32, §. 1 verb. „Wenn aber nun den Obrigkeiten zusteht" u. s. w.

3186) Sintenis a. a. O. S. 290 in der Note.

über die Verwaltung, die Sachlage meistens eine solche sein, wie sie die römischen Vorschriften über die Beweislast voraussetzen, d. h. die eingetretenen Nachtheile werden, als Folgen betrachtet, in der Regel den Rückschluß begründen, daß sie schon bei vollständiger Erfüllung der obervormundschaftlichen Verpflichtungen im allgemeinen nicht hätten eintreten können, und hier fällt die Beweislast, daß diese Erfüllung geschehen, die Ursache also eine andere sei, auf die Behörde; denn auch die jährliche Rechnungsabnahme steht jetzt als Pflicht der Obervormundschaftsbehörde auf gleicher Linie mit der Pflicht, überhaupt einen Vormund, und zwar einen tüchtigen, zu bestellen. Hier fängt aber auch das Gebiet der Fälle an, wo sich möglicherweise jener Schluß noch weiter ziehen läßt. Es ist nämlich soweit, als die Obervormundschaftsbehörde zur Ueberwachung der Verwaltung verpflichtet ist, ihre diesfallsige Verantwortlichkeit der der Bürgen des Vormundes unverkennbar verwandt; es wird also eine besondere positive Behauptung von Seiten des gewesenen Mündels als nothwendiges Glied der Schlußkette aufgestellt werden müssen, und demgemäß sich die Beweislast ebenso, wie bei der actio tutelae gegen den Vormund, reguliren. — Besteht die Obervormundschaftsbehörde aus mehreren Personen oder ist sie collegialisch organisirt, so haften dieselben, ähnlich wie mehrere Vormünder, in solidum, aber mit der Beschränkung, daß, wenn die obervormundschaftlichen Functionen etwa einer gewissen Abtheilung des Collegiums übertragen sind, und zwar nicht willkürlich, sondern in Gemäßheit der Organisation des betreffenden Gerichtes, nur die dieser Abtheilung angehörigen Personen in Anspruch genommen werden können, und unter diesen, sowie unter mehreren Mitgliedern eines Collegiums überhaupt, wieder diejenigen nicht, welche keine Schuld trifft, sei es, daß sie z. B. zu der Zeit, wo die Obligation entstand, mit Urlaub abwesend gewesen sind und also an der Vernachlässigung der Interessen des Mündels keinen Theil genommen oder daß sie bezüglich einer collegialisch berathenen Handlung dissentirt haben. Diese solidarische Haftung wird von Manchen in Abrede gestellt[3187]) mit Berufung auf eine schon früher angeführte Stelle[3188]), insofern, als darnach die einzelnen Mitglieder nur wegen dolus solidarisch verpflichtet seien, wegen bloßer Culpa hingegen nur pro virili portione, wodurch eine Coderstelle[3189]) modificirt sei, welche das beneficium divisionis ohne Unterschied gestatte. Allein die Schlußworte der zuerst angeführten Stelle: „dum pupillo salva res sit" stellen deutlich für das Haften pro virili portione diese Bedingung, und auch eine andere Stelle[3190]) läßt keinen Zweifel daran, daß nur im Falle der Zahlungsfähigkeit Aller das Wahlrecht des Klägers nicht Platz greift, also allerdings solidarische Haftung, daneben aber exceptio divisionis statt hat,

3187) Z. B. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 32, S. 419.
3188) L. 7. D. 27. 8.
3189) L. 3. C. V. 75.
3190) L. 45. D. 26. 7.

außer bei gemeinsamem dolus. Es gilt also von mehreren die Obervormundschaftsbehörde bildenden Vormündern dasselbe, wie von mehreren gemeinschaftlich gerirenden Vormündern [3191]). Zu bezweifeln ist aber, ob noch analoge Verhältnisse der Art vorkommen, in denen die exceptio excussionis Anwendung finden könnte [3192]). Die exceptio cedendarum actionum ist aber noch als anwendbar zu betrachten. Ob das Collegium als solches angegriffen werden könne, ist bestritten; wir müssen uns dagegen erklären [3193]). Daß die Erben heutzutage ebenfalls nur wegen dolus und lata culpa haften, wird allgemein angenommen [3194]) und es ist auch schwerlich etwas dagegen mit Grund zu erinnern. Dagegen muß die Verantwortlichkeit der Nachfolger im Amte für Handlungen der Vorgänger als eine ganz selbstständige behandelt werden [3195]).

Fünfte Abtheilung. Accusatio suspecti.

A. Römisches Recht.

Da die Bestimmungen des römischen Rechtes über die accusatio suspecti bereits an einem anderen Orte dieses Werkes zusammengestellt worden sind, so ist darauf zu verweisen [3196]).

B. Aelteres teutsches und heutiges Recht.

Schon nach dem älteren teutschen Rechte konnte der Vormund zur Strafe abgesetzt oder, wie es in der Kunstsprache desselben heißt, gebalmundet, d. h. für einen schlechten Vormund erklärt werden [3197]). Das Balmunden mußte immer durch den Richter geschehen und bestand darin, daß derselbe den Vormund nicht allein der gegenwärtigen Vormundschaft für verlustig, sondern auch für unfähig zur Führung einer Vormundschaft in Zukunft erklärte [3198]). Als Grund, weshalb ein Vormund gebalmundet werden kann, wird überhaupt jede Verletzung der Treue gegen den Mündel genannt [3199]). Dahin gehört namentlich der Fall, wenn er dem Mündel dessen Gut nimmt oder sonst schlecht damit umgeht [3200]). Nach dem longobard. Rechte gehört, jedoch zu-

---

3191) Rudorff Bd. 3, S. 163. Sintenis a. a. O. S. 291 in der Note.

3192) L. 1. §. 9. D. 27. 8.

3193) Die Gründe dagegen hat ausführlich und treffend entwickelt Sintenis §. 15, Anm. 53, Bd. 1, S. 126.

3194) Glück a. a. O. S. 440.

3195) Sintenis §. 153, N. 1, Bd. 3, S. 292.

3196) Vgl. den Artikel Cura Bd. III, S. 185—189.

3197) Ueber den Ursprung und die Bedeutung dieses Kunstausdruckes siehe Kraut §. 40, N. 5, Bd. 1, S. 397.

3198) Sächs. Landr. B. 1, Art. 41. Schwabensp. 327, 320, 5.

3199) Schwabensp. 324, 12.

3200) Sächs. Landr. B. 1, Art. 41 vgl. mit Art. 44. Schwabensp. 327, 12. 320, 5. Gegen die Ansicht Rudorff's Bd. 3, S. 204, daß das Balmunden nur Folge der contumacia des Vormundes gewesen sei, siehe Kraut Bd. 1, S. 398, N. 6, welcher zeigt, daß das, was nach dem sächs. Landr. 1, 41 und Schwabensp. 327, 1, 2 gegen den Vormund, wenn er contumax war, erst nach dreimaliger Vorladung ausgesprochen werden konnte, im Falle seines Erscheinens

nächst nur in Bezug auf die in ihm allein ausgebildete Geschlechtsvormundschaft, auch noch hierher: Nachstellungen nach dem Leben der Frauensperson und grobe Mißhandlungen derselben, ferner wenn ihr der Vormund schimpfliche Vergehen vorwirft, wenn er sie zu Tode hungern oder dursten läßt, wenn er sie nicht gehörig mit Kleidung versieht, wenn er sie wider ihren Willen an einen Leibeigenen verheurathet, wenn er sie zu unziemlichen Dingen zwingt oder duldet, daß ihr Andere Gewalt anthun und wenn er mit ihr Unzucht treibt [3201]). Ohne Zweifel galten die meisten dieser Fälle auch im Mittelalter als ein Treubruch des Vormundes, und gehörten daher zu den Gründen, aus welchen derselbe gebalmundet werden konnte, obschon die Rechtsquellen der damaligen Zeit sie nicht ausdrücklich aufzählen. Das Balmunden konnte veranlaßt werden entweder durch eine Klage des Mündels selbst, wobei ihn dann das Gericht bevormundete [3202]), oder durch eine Klage eines seiner Verwandten; auch konnte es durch den Richter von Amtswegen geschehen [3203]). Außer dem Balmunden treffen den ungetreuen Vormund nach den Rechtsquellen des Mittelalters auch noch harte Strafen [3204]), zu welchen wohl auch die Ehrlosigkeit gehört, obschon sie nicht ausdrücklich genannt wird, da sie Folge der Treulosigkeit ist [3205]). Bei der väterlichen Vormundschaft kam wohl das Balmunden niemals vor; denn nicht nur im longobardischen Rechte wird der Vater ausdrücklich ausgenommen [3206]), sondern auch die Rechtsquellen der mittleren Zeit gedenken desselben bei dieser Gelegenheit nicht. Auch von der ehelichen Vormundschaft wird nach dem Rechtssystem der letzteren dasselbe behauptet werden müssen, da sie nicht nur über das Balmunden des Ehemannes ganz schweigen, sondern auch der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel ausdrücklich nur von einer Klage eines Mädchens oder einer Witwe, welche das Balmunden ihrer Vormünder bezweckt, sprechen [3207]), mithin dadurch deutlich zu erkennen geben, daß von einer Ehefrau eine solche Klage über ihren Ehemann nicht angestellt werden könne. Dagegen konnte nach dem longobard. Rechte der Ehemann ebensowohl wie jeder andere Geschlechtsvormund gebalmundet werden. Denn es macht nicht nur in den in der Note 3201 angeführten Stellen keinen Unterschied zwischen

---

vor Gericht und seines Zugeständnisses oder seiner Ueberführung, wie in anderen Fällen, sofort erkannt werde; vgl. Schwabensp. 320, 5. 324, 12.

3201) Edict. Rothar. 195. 196. 197. LL. Liutpr. 120.

3202) Sächs. Landr. B. 1, Art. 44 vgl. mit Art. 41 das.

3203) Schwabensp. (320, 4) 54 (Ausg. v. Wackernagel) a. A.

3204) Schwabensp. 324, 12, 13. Erfurt. Stat. von 1306 Art. 9 (bei Walch Bd. 1, S. 99).

3205) Sächs. Landr. B. 1, Art. 40.

3206) Edict. Rothar. 195. 196.

3207) Sächs. Landr. B. 1, Art. 41. Schwabensp. 327, 1. Wenn es in der letzteren Stelle bei Senckenberg auch heißt: „Klaget ein magt, oder ein witwe oder ein frauwe" u. s. w., so haben doch die besseren Handschriften die Worte: „oder ein frauwe" nicht; auch passen diese nicht zu dem Folgenden.

beiden, sondern es spricht ganz ausdrücklich von dem Balmunden des Ehemannes noch an einem anderen Orte und führt dabei noch einen Grund dazu an, nämlich wenn er seine Frau ohne ihre Schuld zurücksetzt und ein anderes Weib in das Haus nimmt [3208]). Daß dieses Recht auch den Bruder als Vormund seiner Schwester von dem Balmunden ausnimmt [3209]), scheint eine Eigenthümlichkeit desselben zu sein. — An die Stelle des gebalmundeten Vormundes tritt nach den Rechtsbüchern vorläufig der Richter. Der Schwabenspiegel sagt ausdrücklich, daß, wenn der Geschlechtsvormund gebalmundet sei, die Vormundschaft des Richters nur bis zur Wahl eines anderen Vormundes von Seiten der Frauensperson dauern solle [3210]). Im Sachsenspiegel [3211]) heißt es allerdings blos: „sint sie der richter der vrowen vormunde"; allein daraus läßt sich noch nicht schließen, daß er immer Vormund der Frau geblieben sei, sondern es trat wohl nach diesem Rechte später der zur rechten Vormundschaft zunächst nach dem gebalmundeten Vormunde berufene Schwerdtmage an seine Stelle. Nach dem longobard. Rechte hat die Frauensperson, deren Vormund gebalmundet ist, die Wahl, ob sie sich unter das mundium ihrer nächsten Vormünder oder unter das des Königs begeben will [3212]). — Seit dem Eindringen des römischen Rechtes in Teutschland verloren sich die älteren teutschen Grundsätze über das Balmunden und an deren Stelle traten die Grundsätze des römischen Rechtes über die Entsetzung eines tutor oder curator suspectus, welche auch noch jetzt die gemeinrechtliche Regel bilden. Es ist zwar die Behauptung aufgestellt worden [3213]), daß jene römischen Grundsätze deshalb nicht mehr Anwendung finden könnten, weil in Teutschland von den Vormündern jährlich Rechnungsablegung gefordert werde, mithin die Anzeige oder Beschuldigung eines Verdachtes nicht leicht stattfinden könne; diese Behauptung ist aber längst widerlegt [3214]) und es kann nur so viel zugegeben werden, daß sich aus dem angeführten Grunde seltener bei uns eine Gelegenheit zu deren Anwendung biete, als bei den Römern. Die Grundsätze des römischen Rechtes bilden auch die Grundlage der neueren Particularrechte. In folgenden Punkten treten jedoch heutzutage Modificationen des römischen Rechtes ein. Der erste Punkt betrifft die Befugniß zur Entsetzung des verdächtigen Vormundes. Während nach dem römischen Rechte nur die höheren Magistrate zur Führung der Untersuchung gegen den verdächtigen Vormund und zu

---

3208) LL. Grimoaldi 6.

3209) „excepto fratre" in den Stellen der N. 3201.

3210) Schwabensp. 327, 3.

3211) Sächs. Landr. B. 1, Art. 41.

3212) Edict. Rothar. 196.

3213) J. B. von Bachov, Notae ad Wesenbecii Paratitla 26. 10. nr. 8. i. f. und Comm. ad §. 2. Inst. de suspectis tutoribus.

3214) Siehe besonders Schilter, Prax. iur. Rom. Exerc. 37. §. 137. Stryk, Us. mod. Pand. 26. 10. §. 1. 2. Orth, Anm. zur Frankf. Reform. Forts. 3, S. 318 flg.

dem Aussprechen seiner Absetzung zuständig sind [3215]), steht in Teutschland diese Berechtigung überall den ordentlichen Gerichten zu, wo diese die Obervormundschaft führen [3216]); sonst ist aber bald die obervormundschaftliche Behörde [3217]), bald aber das ordentliche Gericht dazu zuständig [3218]). Ist aber der Grund der Entsetzung von der Art, daß den Vormund zugleich eine Criminalstrafe trifft, so ist die Erledigung der Sache nur durch ein Gericht möglich, welchem die Criminalgerichtsbarkeit zusteht [3219]). Das inquisitorische Verfahren, welches bei den Römern nur ausnahmsweise bei der Entsetzung zulässig war [3220]), bildet jetzt die Regel und muß auch schon von Amtswegen eingeleitet werden, da die Reichsgesetzgebung die Obrigkeiten verpflichtet, ungetreue Vormünder zur Untersuchung und Bestrafung zu ziehen [3221]). Aehnliche Vorschriften wie in der Reichsgesetzgebung finden sich in den Particularrechten [3222]). Es bedarf also zur Erwirkung der Entsetzung des Vormundes heutzutage ordentlicher Weise keiner eigentlichen Anklage, sondern es genügt dazu eine einfache Anzeige bei der zuständigen Behörde, und zu einer solchen sind nach den neueren Particularrechten ebenso wie nach dem römischen Rechte zur Anklage alle Staatsbürger berechtigt, die Mitvormünder, tutores honorarii und die nächsten Verwandten des Mündels aber verpflichtet [3223]). Wo der obervormundschaftlichen Behörde selbst die Entsetzung nicht zusteht, hat sie wenigstens die Verpflichtung zur Anzeige [3224]). Die Entsetzung kommt heutzutage gemeinrechtlich nur bei solchen Vormündern vor, bei welchen sie schon nach dem römischen Rechte stattfindet, also nicht bei Geschlechtsvormündern. Ohnehin kann sie bei Geschlechtsvormündern über unverheurathete

3215) Rudorff Bd. 3, S. 179 flg.

3216) Z. B. Hadeler Landr. Th. 3, Tit. 5. (Pufendorf, Obs. iur. univ. App. I. 37.) Mainz. Landr. Tit. 5, §. 15. Schilter, Prax. iur. Rom. Exerc. 37. §. 141. Kreittmayr, Anm. z. Cod. Maxim. Bavar. Th. 1, Cap. 7, §. 23.

3217) Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 105. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 62.

3218) Stadt- und Buttjadinger Landr. Art. 7. (Pufendorf 4. 600.) Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 87.

3219) Würtemberg. Landesordn. Tit. 42, §. 5. Fränk. Landgerichtsordn. Tit. 25, §. 10. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 103. Kreittmayr a. a. O.

3220) L. 3. §. 4. D. 26. 10.

3221) Die Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32, §. 3 verordnet, daß „alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher und — kayserlicher Gebott, sonders fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegkind oder dessen Güter ungestrafft hingehen lassen sollen."

3222) Würtemb. Landesordn. Tit. 42, §. 5. Preuß. Landr. II, 18, §. 924—933. Oesterreich. Gesetzb. §. 253, 254. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 87. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 105.

3223) Frankfurt. Reform. Th. 7, Tit. 4, §. 18. Tit. 5, §. 6 und Orth, Anm. dazu Forts. 3, S. 316. Preuß. Landr. II, 18, §. 926—930.

3224) Dies versteht sich schon gemeinrechtlich von selbst, ist aber auch ausdrücklich in Particularrechten ausgesprochen, z. B. in der Lüb. Vorm.-O. von 1820 §. 87.

Frauenspersonen schon deshalb nicht eintreten, weil diese keine Vermögensverwaltung haben und zu jeder Zeit willkürlich entlassen werden. Die bei der ehelichen Vormundschaft in gewissen Fällen eintretende Möglichkeit, dem Ehemanne die Verwaltung des eheweiblichen Vermögens zu entziehen, beruht aber auf ganz eigenthümlichen Grundsätzen.

Sechster Abschnitt. Ende der Vormundschaft.

Erste Abtheilung. Römisches Recht[3225]).

A. Regelmäßige Erlöschungsgründe.

AA. Der Tutel: 1) der Geschlechtstutel. Die regelmäßige Auflösung einer Vormundschaft erfolgt durch Aufhören ihrer Veranlassung. Wendet man diesen Satz auf die einzelnen Vormundschaften an, so kann zunächst bei der Geschlechtstutel eine Auflösung aus diesem Grunde nicht vorkommen, so daß dieselbe ordentlicher Weise bis zum Tode der Frauensperson fortdauert. Durch die lex Iulia und Papia Poppaea ist aber dieser Satz geändert worden, indem dieses Gesetz Frauen, welche das ius liberorum haben, von der Geschlechtstutel befreit hat[3226]). 2) Ende der Pupillentutel. Die römische Pupillentutel endigt sich regelmäßig mit erreichter Pubertät, bei deren Eintritt jedoch zwischen beiden Geschlechtern zu unterscheiden ist. Bei dem männlichen Geschlechte bestimmte das ganze Alterthum die Pubertät ursprünglich nicht blos nach physischen, sondern auch nach politischen Rücksichten. Ueberall findet man nämlich in den bekannten Verfassungen der alten Welt Eintheilungen des Volkes, d. h. der Männer nach dem Alter, welche sich zunächst auf den Kriegsdienst bezogen, aber auch für die übrigen politischen Rechte des Einzelnen wichtig waren. Diese Abschnitte wurden durch bestimmte politische und religiöse Feierlichkeiten auch äußerlich bezeichnet[3227]). Bei den römischen Juristen finden sich über die Frage, wenn die Tutel für beendigt gehalten und dem Pfleglinge sein Vermögen ausgeantwortet werden könne, drei verschiedene Ansichten. Die Cassianer sahen hier, wie bei der Ehe, auf physische Entwickelung, namentlich auf Ausbildung der Zeugungsfähigkeit, weil der pubes ja nicht sowohl sein Vermögen verwalten, als vielmehr suae tutelae werden soll. Die Proculianer hingegen berücksichtigten die Jahre, welche nach griechischer Naturphilosophie[3228]) bestimmt wurden, so daß mit Vollendung des 14. Jahres die Pubertät eintrat. Javolenus

---

3225) Inst. I. 22. Quibus modis tutela finitur. Cod. V. 60. Quando tutores vel curatores esse desinunt. Von Schriften vgl. v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 20, S. 266 flg. Rudorff Bd. 3, S. 205—248.

3226) Ueber die Bedingungen und die Wirkung dieses ius liberorum vgl. Rudorff a. a. O. S. 206—210.

3227) Vgl. über das ältere römische Recht Rudorff a. a. O. S. 212—216.

3228) Macrob. Somn. Scip. cap. 6. Seneca, Consul. ad Marcian. cap. 24. init. Tertullian, de veland. virg. cap. 11.

Priscus verlangte Zusammentreffen des Alters und der physischen Reife [3229]). Justinian hat für die Meinung der Proculianer entschieden und bestimmt, daß es blos auf das Alter von 14 Jahren ankommen und die Untersuchung der physischen Reife wegfallen soll [3230]). Bei dem weiblichen Geschlechte endigte die Kindheit von jeher mit dem vollendeten zwölften Lebensjahre. Mit diesem Alter tritt die Heurathsfähigkeit und ebenso auch das Ende der Vormundschaft ganz von selbst ein; von einer Untersuchung der Reife konnte hier natürlich niemals und in keiner Beziehung die Rede sein [3231]). Die Beendigung der Tutel hatte aber im älteren römischen Rechte nur die Bedeutung daß die Frau eigene Administration erhielt; denn eigene Tutel oder Auctoritas bekam sie niemals. Die Pupillentutel verwandelte sich nun in eine Geschlechtstutel, welche bis zum Tode fortdauerte [3232]). Gewissermaßen umgekehrt verhält es sich im Justinianeischen Rechte. Die Administration und Auctoritas des Tutors hört zwar gänzlich auf, allein die erstere geht auf einen von der Mündigen zu erbittenden Curator über und nur die letzte erhält die Mündige selbst. — Das kanonische Recht erwähnt den römischen Pubertätstermin von 14 Jahren nur beiläufig, aber nicht bei der Vormundschaft, sondern bei der Ehe [3233]).

BB. Auflösung der Curatelen. Es ist darüber schon an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden, daher darauf zu verweisen [3234]).

B. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

AA. Beschränkung der Delation. Nächst den regelmäßigen kommen auch außerordentliche Erlöschungsgründe der Vormundschaft vor. Diese beruhen zunächst auf einer ungewöhnlichen Beschränkung der Delation, welche jedoch nur bei testamentarischer und obrigkeitlicher Vormundschaft Platz greift, indem der gesetzliche Vormund immer ein allgemeiner und bleibender ist. Im Testamente nämlich kann zwar kein tutor specialis oder ad certam rem vel causam ernannt, wohl aber der Ernennung eine Resolutivbedingung oder ein Endtermin beigefügt werden. Ist dieses geschehen, so hört mit dem Eintritte des Termines oder der Erfüllung der Bedingung nicht nur die Ausübung, sondern auch das ius tutelae auf, da die Tutel als ein nach seiner Natur persönliches Recht ohne Bedenken auch noch mehr beschränkt werden kann [3235]). Die Obrigkeit kann zwar einen Tutor nicht ausdrücklich ad conditionem oder ad diem

---

3229) Ulp. XI. 28. Gai. I. 196. Quinctil. Instit. Orat. IV. cap. 2. 5. Isidor Orig. XI. 2.

3230) L. 3. C. V. 60. pr. Inst. I. 22.

3231) Fest. s. v. pubes. Macrob. Saturn. VII. 7. Tertull. l. c. L. 3. C. cit. pr. Inst. cit.

3232) Tertull. l. c. Gai. I. 145. 190.

3233) Cap. 3. X. IV. 2.

3234) S. den Artikel Cura Bd. III, S. 209 flg.

3235) L. 14. §. 3. 5. D. 26. 1. §. 3. Inst. I. 14. §. 8 Inst. I. 22.

geben[3236]); stillschweigend läßt sich aber eine solche Beschränkung auch hier denken, theils dadurch, daß der Vormund anstatt eines noch nicht berufenen, zeitweilig verhinderten oder (z. B. eines abwesenden oder auf eine Zeit lang excusirten) ordentlichen Vormundes bestellt wird, theils dadurch, daß er zur Besorgung eines einzelnen bestimmten Geschäftes (certae causae) ernannt wird. Im ersten Falle hört mit der Delation der ordentlichen Vormundschaft[3237]) oder mit dem Wegfalle des Hindernisses, im letzteren mit Beendigung des Geschäftes[3238]) die Vormundschaft auf.

BB. Ereignisse in der Person des Vormundes. Auch außerordentliche Ereignisse in der Person des Vormundes können eine Vormundschaft vor der Zeit aufheben. Dahin gehört: 1) der Tod des Vormundes. Alle Vormundschaft, sowohl die Tutel als die Cura ist ein persönliches Verhältniß, kein Vermögensrecht, und geht daher nicht auf die Erben über. Selbst die legitima tutela und curatio, welche als ein Mittel zur Erhaltung der legitima hereditas betrachtet wird, geht nicht auf die Erben des legitimus tutor, sondern nur auf die entfernteren Familienglieder über; es tritt nicht successio iure hereditario, sondern blos successio ordinum et graduum bei ihr ein[3239]). 2) Capitis deminutio. Bei derselben müssen folgende verschiedene Fälle unterschieden werden: a) maxima capitis deminutio. Der Vormund muß ein Freier sein, mithin geht umgekehrt mit der Freiheit auch die Vormundschaft unter; sie kann aber durch postliminium wieder aufleben[3240]). b) Media capitis deminutio. Auch diese zerstört die Vormundschaft[3241]). c) Minima capitis deminutio. Bei den meisten Vormundschaften, namentlich bei der testamentarischen und obrigkeitlichen, braucht der Vormund weder sui iuris zu sein, noch zur Familie des Pflegebefohlenen zu gehören; sie können also auch durch minima capitis deminutio nicht untergehen[3242]). Anders stand es mit den legitimae tutelae und curationes des älteren Civilrechtes, welche dem Vormunde als Mitglied einer bestimmten Familie deferirt wird. Seitdem aber im neuesten römischen Rechte die gesetzliche Vormundschaft nicht mehr den Agnaten, sondern den Cognaten deferirt wird, kann dieselbe auch durch eine minima capitis deminutio nicht mehr untergehen[3243]). Auf diesen Gegensatz des älteren und

3236) L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 77. D. 50. 17.

3237) L. 11. pr. D. 26. 2. §. 1. 2. Inst. I. 20. L. 1. §. 2. D. 26. 4.

3238) L. 3. C. V. 53. L. 8. D. 46. 6. L. 3. §. 1. L. 5. D. 26. 1. L. 61. D. 23. 3. L. 25. C. V. 4. L. 28. C. V. 12.

3239) L. 16. §. 1. D. 26. 1. L. 17. C. de negot. gest. (II. 18. (19.)) Gai. I. 195.

3240) §. 4. Inst. I. 22. L. 14. §. 3. D. 26. 1. L. 7. §. 1. L. 8. D. 27. 3. L. 4. §. 5. L. 15. D. 46. 6. Ueber die sehr bestrittene letzte Stelle vgl. Rudorff Bd. 3, S. 235 flg.

3241) §. 4. Inst. I. 22. Cf. L. 32. §. 7. D. 26. 7.

3242) Gai. I. 195. §. 4. Inst. I. 22. pr. Inst. I. 14.

3243) L. 2. C. V. 30. §. 4. Inst. I. 22. §. 6. Inst. I. 16.

neueren Rechtes bezieht sich eine Digestenstelle[3244]). 3) Niederlegung der Tutel, Excusation und Absetzung. Hierher gehören folgende Fälle: a) Abdicatio, welche nach dem früher Bemerkten nur bei der testamentarischen Geschlechtstutel vorkommt. b) In iure cessio. Sie gilt bei der gesetzlichen Geschlechtstutel der Agnaten, Patrone und parentes, löst die Tutel auf, lebt aber nach dem früher Bemerkten mit dem Tode oder der capitis deminutio des tutor cessitius wieder auf. c) Excusatio. Sie zerfällt wieder in drei Arten, in die excusatio necessaria oder den Eintritt einer Unfähigkeit zur Tutel, in die excusatio voluntaria gegen eine erst deferirte Tutel, und die excusatio voluntaria von einer bereits verwalteten Tutel oder Cura, oder die Deposition, welche ausnahmsweise in gewissen Fällen vorkommt. Keine dieser drei Arten der Excusation zerstört das ius tutelae selbst, sondern sie suspendirt blos dessen Ausübung. Das Recht selbst hört durch Anstellung eines neuen Tutors anstatt des Excusirten auf, so daß im Falle der Zuordnung eines bloßen Curators das ius tutelae bleibt. Da aber in den wichtigsten praktischen Beziehungen, namentlich hinsichtlich der Verwaltung und Rechnungsablegung die Vormundschaft als beendigt gilt, so erklärt sich dadurch, wie die Institutionen sagen, daß solche Vormünder aufhören, Tutoren zu sein[3245]). d) Remotion oder Absetzung, womit es sich ganz ähnlich wie mit der Excusation verhält, indem das ius tutelae fortdauert, so lange nicht ein Tutor für den Abgesetzten ernannt ist, die Verwaltung aber erlischt und die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung eintritt. e) Wiederverheurathung. Dadurch erlischt die Vormundschaft der Mutter und Großmutter, worüber schon früher das Nöthige vorgekommen ist (vgl. besond. Theil Abschn. II. Abth. 1. BB. Nr. 5).

CC. Ereignisse in der Person des Pfleglinges. Vgl. darüber einen früheren Artikel dieses Werkes[3246]).

Zweite Abtheilung. Aelteres teutsches und heutiges Recht.

A. Aelteres teutsches Recht. Was 1) die Beendigungsarten der Vormundschaft betrifft, wo dieselbe selbst völlig aufhört, so konnte, so lange noch die Frauenspersonen lebenslänglich unter Vormundschaft standen, bei ihnen natürlich die Vormundschaft nur durch ihren Tod beendigt werden. In welchem Alter bei dem männlichen Geschlechte nach teutschem Rechte die Mündigkeit eintrete, ist schon früher erörtert worden (vgl. besond. Theil Abschn. I. Abth. 2. A. AA. Nr. 1—4). Schon vor Erreichung der Mündigkeit konnte schon im Mittelalter die Vormundschaft dadurch beendigt werden, daß der Mündel für volljährig erklärt wurde. Dies konnte durch den Kaiser geschehen. Beispiele davon kommen schon im 13. Jahrhundert, häufiger im 14.

3244) L. 7. pr. D. 4. 5. S. darüber Rudorff Bd. 3, S. 238 flg.
3245) §. 6. Inst. I. 22.
3246) S. den Artikel Cura Bd. III, S. 191 flg.

Jahrhundert und später vor[3247]). Die Volljährigkeitserklärung blieb bis zur Auflösung des Reiches ein Reservatrecht des Kaisers, welcher es nicht blos selbst ausüben konnte, sondern auch durch seine Hofpfalzgrafen ausüben ließ. Die Landesherren hatten in späterer Zeit das Recht der Volljährigkeitserklärung in Bezug auf ihre Unterthanen neben dem Kaiser; ob es ihnen schon im Mittelalter zustand, ist zweifelhaft. Dagegen leidet es keinen Zweifel, daß, wenigstens nach mehreren Rechten des Mittelalters, entweder der Familienrath oder auch der Vater allein ein Kind schon vor erreichter gesetzlicher Mündigkeit mündig sprechen durfte[3248]). Ueber die Wirkungen einer solchen Mündigsprechung stellt Kraut[3249]) die wohl richtige Ansicht auf, daß, wenn solche vom Kaiser oder vom Landesherrn oder von dem durch die Statuten dazu ermächtigten Familienrathe ausgegangen seien, sie volle Wirkung gehabt habe, d. h. der Mündiggesprochene in jeder Beziehung als volljährig betrachtet worden sei, weil der Ertheiler der Mündigsprechung die Macht gehabt habe, ihr volle Wirkung beizulegen, während dem Vater diese Macht nicht zugestanden habe, welcher, wenn auch in Folge seiner Anordnung der Vormund verbunden gewesen sei, dem Kinde vor Erreichung der Mündigkeit sein Vermögen herauszugeben und dessen eigener Verwaltung zu überlassen, doch niemals dadurch habe bewirken können, daß ein solches Kind auch vor Gericht als mündig hätte anerkannt werden müssen. Außer durch Volljährigkeitserklärung wird die Altersvormundschaft nach teutschem Rechte durch die Verheurathung des Mündels, sowohl des männlichen als des weiblichen, aufgehoben[3250]). — Stellte sich ein zu seinen Jahren gekommener Jüngling freiwillig unter Vormundschaft, so stand es wohl auch ganz in seinem Willen, ob diese, bis er zu seinen Tagen gekommen war, fortdauere oder schon eher wieder aufhören sollte. Später änderte sich dies, und er mußte nicht blos einen Vormund haben, sondern auch denselben, bis er zu seinen Tagen gekommen war, beibehalten (vgl. Abschn. I. Abth. 2. A. AA. Nr. 3). Bei über ihre Tage gekommenen oder preßhaften Leuten, welche sich unter Vormundschaft begaben, stand die Sache so, daß sie den einmal erwählten Vormund immer behalten mußten[3251]) oder daß es von dem Gutbefinden des Vormundes abhing, ob er den Mündel aus der Vormundschaft entlassen wollte oder nicht[3252]). Bei Geisteskranken hörte natürlich mit ihrer Wiederherstellung die Vormundschaft über dieselben auf.

3247) Beispiele führt an Kraut Bd. 2, S. 86 und N. 1, 2 daselbst.

3248) Das Erstere findet sich namentlich in den Augsburg. Stat. v. 1276 bei Freyberg S. 109; das Letztere kommt bisweilen in letztwilligen Verordnungen von Bürgern Lübeck's vor. S. Kraut Bd. 2, S. 88, N. 8.]

3249) Kraut Bd. 2, S. 88, 89.

3250) Diese Aufhebungsart wird in vielen Rechtsquellen der älteren und neueren Zeit ausdrücklich erwähnt. Beispiele führt an Kraut §. 50, N. 10, Bd. 2, S. 89 flg.

3251) Görlitz. Landr. Cap. 47, §. 17b. Ausg. von Homeyer.

3252) Kl. Kaiserr. 2, 33.

— Was 2) die Beendigungsarten der Vormundschaft betrifft, wo der gegenwärtige Vormund aufhört, Vormund zu sein, ohne daß die Vormundschaft selbst zugleich beendigt würde, so sind bereits früher als solche im älteren teutschen Rechte vorkommende erwähnt worden: die Beendigung durch den Tod des Vormundes und durch eintretende Unfähigkeit desselben zur Vormundschaft, das Aufhören der Vormundschaft von Gerichtswegen mit der Gerichtssitzung, für welche der Vormund bestellt war, endlich das freiwillige Abtreten der Vormundschaft von Seiten des bisherigen Vormundes an einen anderen, was am gewöhnlichsten bei dem Vorkaufe des weiblichen Mündels in die Ehe vorkam. Von der Zeit an, wo der Ehemann schon dem Rechte nach Vormund seiner Ehefrau wurde, hörte mit dem Anfange der ehelichen Vormundschaft von selbst jede andere Vormundschaft, unter welcher die Ehefrau bis dahin gestanden hatte, auf. — Da nach dem älteren Rechte ein Zwang gegen den Vermund zur Uebernahme der Vormundschaft nicht stattfindet (vgl. Abschn. II. Abth. 2. A. BB. Nr. 4.), so durfte er auch wohl die übernommene Vormundschaft zu jeder Zeit wieder niederlegen, ohne daß hierzu eine besondere Form oder das Anbringen von Entschuldigungsgründen erforderlich gewesen wäre. In den späteren Zeiten hat sich dies aber geändert[3253]). Von der Entsetzung der Vormünder nach älterem teutschen Rechte ist kurz vorher gehandelt worden (siehe Abschn. V. Abth. 5. B.).

B. Heutiges Recht. Im heutigen Rechte richtet sich die Beendigung der Vormundschaft über alte, geisteskranke und preßhafte Personen nach den Grundsätzen des römischen Rechtes. Ueber die Aufhebung der Vormundschaft über Verschollene ist an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[3254]). Die hauptsächlichste Modification des römischen Rechtes tritt bei der Altersvormundschaft ein. Dieselbe wird, abgesehen von dem Tode des Mündels, für immer nur durch die Volljährigkeit des Mündels beendigt. Allgemein ist anerkannt, daß die Altersvormundschaft mit dem Eintritte der römischen Pubertät nicht aufhört, da die Bestimmungen der Reichspolizeiordnungen nach dem früher Bemerkten darüber keinen Zweifel übrig lassen. (Abschn. IV. Abth. 3. B. Nr. 2. lit. b.) Dagegen ist es sehr bestritten, ob nicht der Eintritt jenes Termines als der Anfangspunkt einer eigenthümlichen Curatel auch in Teutschland zu betrachten sei. Allein nach der Aus-

3253) Nach den Magdeb. Fragen I, 8, 6 (sächs. Distinct. bei Pölmann I, Art. 14, dist. 6.) soll der Vormund, wenn er als solcher von einem Dritten in Anspruch genommen wird und er die Vormundschaft niederlegen will, dies vor Gericht thun und erklären, daß er dies Niemandem zum Schaden thue und daß er sie nicht in gutem Glauben fortführen könne. Auch nach den Mühlhäuser Statuten aus dem 13. Jahrh. bei Grashof p. 258. durfte der Vormund die Vormundschaft nicht ohne einen gehörigen Grund niederlegen, indem dies ihm ausdrücklich nur dann gestattet wird, wenn der Mündel ohne seinen Rath oder Geheiß ein schweres Vergehen begangen hat.

3254) Vgl. den Artikel Verschollenheit Bd. XII, S. 705.

führung von Kraut, der wir uns angeschlossen haben (vgl. ebendas.), ist dies nicht anzunehmen. Dem unbeschadet wäre jedoch denkbar, daß bei uns das römische Recht insoweit angenommen wäre, daß das Amt des bisherigen Vormundes mit Erreichung der Pubertät von Seiten des Mündels von selbst aufhörte und dem Mündel dann ein neuer Vormund bis zu seiner Volljährigkeit bestellt werden müsse. Dies wäre um so eher möglich, als das ältere teutsche Recht einen ähnlichen Grundsatz hatte. Allein es kann davon heutzutage nicht mehr die Rede sein, denn jener Grundsatz hing damit zusammen, daß die Vormundschaft überhaupt bei den Römern mit der Pubertät des Mündels, und im älteren teutschen Rechte, wenn derselbe zu seinen Jahren gekommen war, in der Regel aufhörte, und jetzt besteht ja in Teutschland die entgegengesetzte Regel. Eine andere Frage ist aber die, ob nicht auch der Grundsatz des römischen Rechtes, daß derjenige, welcher über Jemand die Tutel geführt hat, sich von der Cura über dieselbe Person excusiren könne, in Teutschland angenommen worden ist. Dies würde, da wir in Teutschland den Unterschied zwischen tutela impuberum und cura minorum nicht kennen, nur so viel bedeuten können, ob der Vormund nach Erreichung des römischen Pubertätstermines von Seiten des Mündels ohne Angabe weiterer Gründe fordern dürfe, daß ihm die Vormundschaft abgenommen und einem Anderen übertragen werde. Was diese Frage anlangt, so halten angesehene ältere und neuere Juristen diesen Grundsatz für anwendbar[3255]). Auch in der Praxis ist er nicht selten geltend gemacht worden, namentlich bei dem Reichskammergerichte[3256]). Allein eben so viele und nicht weniger angesehene Juristen haben die entgegengesetzte Ansicht[3257]). Ebenso verschieden ist die Frage in den einzelnen Particularrechten beantwortet. Einige derselben lassen die Excusation ausdrücklich zu[3258]) oder gestatten sie stillschweigend dadurch, daß sie die Bestellung anderer Vormünder für die Pflegebefohlenen mit Eintritt der Pubertät anbefehlen[3259]); andere dagegen erklären sie stillschweigend entweder dadurch für unstatthaft, daß sie verlangen, daß die Vormünder, wenn ihre Mündel die Pubertät erlangt haben, Curatoren derselben bis zu ihrer Volljährigkeit bleiben[3260]), oder machen es von dem Ermessen

3255) Zahlreiche Vertheidiger dieser Ansicht führt an Kraut §. 59, N. 4, Bd. 2, S. 164.

3256) Gail, Observ. pract. Lib. II. obs. 96. nr. 6.

3257) Siehe die Citate bei Kraut a. a. O. N. 5, Bd. 2, S. 164. Hinzuzufügen ist z. B. Beseler, System des teutschen Privatrechtes §. 146, Bd. 2, S. 469.

3258) Frankf. Reform. VII, Tit. 3, §. 9. Tit. 7, §. 2. Magdeb. Polizeiordn. v. 1688 Cap. 43, §. 35. Wildenburg. Landr. II, 17, §. 25. (Maurenbrecher, rheinpreuß. Landr. 2, 438.

3259) Kurköln. Reform. v. 1538 Fol. 5, Tit. Von Curatoren. (Maurenbrecher a. a. O. 1, 356.) Jülich. und Berg. Rechtsordn. v. 1555 Cap. 48. Aachener Vorm.-O. v. 1574 bei (v. Ludolf) Collect. statut. S. 572.

3260) Nürnberg. Reform. v. 1479 Tit. 18. Ges. 6 v. 1564 Tit. 39. Ges. 1, §. 5. Ges. 11, §. 1. Reform. des bayer. Landr. v. 1578 Tit. 51, Art. 4. Solmſ.

des Richters abhängig, ob die bisherigen Vormünder die Vormundschaft fortsetzen oder den Unmündigen neue Vormünder gegeben werden sollen[3261]) oder sie verlangen, den Unterschied zwischen Tutel und Curatel überhaupt nicht anerkennend, daß der einmal bestellte Vormund die Vormundschaft ohne Unterbrechung bis zur Volljährigkeit des Mündels führe[3262]). Es ist daher noch immer die Frage, wie es zu halten sei, wo sich weder die Gesetzgebung noch die Praxis entschieden für die eine oder andere Meinung ausgesprochen hat. Da nach dem früher Bemerkten in Teutschland zwischen dem Vormunde eines impubes und dem eines minor kein Unterschied gemacht und die Pubertät im übrigen in Ansehung der Vormundschaft gar nicht berücksichtigt wird, so muß consequenter Weise auch in dieser Beziehung die Vormundschaft bis zur Volljährigkeit ganz nach einerlei Grundsätzen beurtheilt werden, und es ist daher der Vormund nach Erreichung der Pubertät von Seiten des Mündels ebensowenig für berechtigt zu halten, ohne gesetzlichen Grund die Vormundschaft niederzulegen, wie er vor erlangter Pubertät dazu berechtigt ist. Selbst die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht müssen eine in Teutschland entgegenstehende Gewohnheit anerkennen[3263]). Selbst da, wo die Juristen oder auch ausdrückliche Gesetze die Excusation verstatteten, ist sie wohl höchst selten zur Anwendung gekommen, indem es theils den Vormündern gar nicht in den Sinn kam, davon Gebrauch zu machen, theils aber auch, wenn sie dies versuchten, die obervormundschaftlichen Behörden sich wohl in den meisten Fällen bemühten, sie wegen der damit verbundenen Umstände davon abzubringen. Daraus geht deutlich hervor, daß ungeachtet der Theorie der durch sie hervorgerufenen gesetzlichen Bestimmungen der römische Unterschied zwischen Tutel und Curatel und die damit zusammenhängenden Grundsätze im Volke niemals Eingang gefunden haben[3264]). — Außer durch die

---

Landr. v. 1571 Tit. 21, §. 27. Untergerichtsordnung der hinteren Grafschaft Sponheim v. 1578 Cap. 72, §. 1. Hamburg. Stat. v. 1603 III, 6, 21. Mainz. Landr. Tit. 5, §. 13. Lüneburg. Reform. v. 1679 Th. 7, Tit. 1. (Pufendorf 4. 756.)

3261) Trier. Landr. 12, 1 und wegen Lübeck Mevius, Comm. in ius Lubec. I. 7. 1. nr. 12. 17.

3262) Freiburg. Stat. v. 1520 III, 1. Minden. Stat. v. 1613 II, 3, 12. Fränk. Landgerichtsordn. v. 1618 III, 2, §. 6. Mühlhäus. Stat. v. 1692 C. 4, Art. 35, v. 1740 Th. 2, Art. 1, §. 1, 22. Cod. Maxim. Bavar. v. 1756 I, 7, §. 36. Lipp. Vorm.-O. v. 1. Juli 1777 §. 21. Preuß. Landr. II, 18, §. 696. Oesterr. Gesetzb. §. 251. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 2, 81. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 34. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 63.

3263) Z. B. Gail, Observ. pract. Lib. II. obs. 96. nr. 1.

3264) So wurde in Sachsen von jeher die hier angenommene Ansicht in der Praxis anerkannt und diese Praxis selbst durch die sonst so überwiegende Auctorität von Carpzov (Iurispr. for. P. II. Const. 11. def. 10.) nicht erschüttert. Vgl. Coler, Decis. VI. nr. 16. Richter, Decis. 13. nr. 26. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 145. Sachse, großh. sächs. Privatr. §. 199. Selbst in Bezug auf Frankfurt, wo das römische Recht schon früh in viel größerem Umfange, als an vielen anderen Orten, Eingang gefunden hat, bezeugt Orth,

Volljährigkeit wird die Altersvormundschaft auch heutzutage durch die **Großjährigkeitserklärung, Mündigsprechung, Jahrgebung** (venia aetatis) beendigt. Die Ertheilung derselben ist ein Souveränetätsrecht und steht daher allen Mitgliedern des teutschen Bundes in Bezug auf alle ihre Unterthanen zu. Unterbehörden sind dazu nur in Folge der Ermächtigung von Seiten des Souveräns befugt. Häufig sind die obervormundschaftlichen Behörden zur Ertheilung der Volljährigkeit durch die Landesgesetzgebung ermächtigt[3265]. Daher hat nach dem heutigen teutschen Rechte nirgends mehr weder der Familienrath, noch der Vater allein die Befugniß zur Großjährigkeitserklärung eines Unmündigen, da die Vormundschaft jetzt nicht mehr als Familiensache, sondern als öffentliche Angelegenheit gilt. Indessen ist nach mehreren neueren Gesetzgebungen nicht nur die Obervormundschaft, sondern auch der Vormund selbst ermächtigt, dem Mündel schon vor Beendigung der Vormundschaft, wenn er ein gewisses Alter erreicht hat, den reinen Ueberschuß seiner Einkünfte zu überlassen, hinsichtlich dessen dann der Mündel sich ohne Vormund verpflichten darf[3266]. An ein gewisses Alter, welches der Mündigzusprechende haben müsse, haben sich Kaiser und Landesherren bei der Mündigsprechung nicht gebunden. Unterbehörden aber, welche zur Mündigsprechung ermächtigt sind, müssen allerdings ein solches beobachten, und zwar in Ermangelung besonderer Vorschriften den römischen Termin von 20 Jahren bei dem männlichen, von 18 Jahren bei dem weiblichen Geschlechte[3267]. Die Wirkungen der Großjährigkeitserklärung sind auch jetzt noch in Teutschland dieselben

---

Anmerk. über die Frankf. Reform. Bd. 1, S. 15 und Forts. 3, S. 290, daß, obschon die Reformation die Excusation zulasse, doch solche Fälle selten vorzukommen, sondern die Vormünder gemeiniglich die angefangene Vormundschaft bis zum 25. Lebensjahre ihrer Pflegebefohlenen fortzusetzen pflegten. Einen interessanten Beleg dazu, wie diejenigen Landesgesetzgebungen, welche sich nicht ganz vom römischen Rechte loszumachen wagten, doch dasselbe mit den teutschen Rechtsansichten möglichst auszugleichen und dessen Anwendung zu verhindern suchten, liefert das Landrecht der Obergrafschaft Katzenellenbogen, Tit. Von Vormundschaften, in der bei **Kraut** §. 59, N. 12, Bd. 2, S. 167 flg. abgedruckten Stelle.

3265) So nach dem österreich. Gesetzb. §. 252. Preuß. Landr. II, 18, §. 720 in Verbindung mit dem Rescripte v. 26. Juni 1808. Mein. Edict über die Einrichtung der oberen Landesstellen v. 21. Januar 1829 Art. 5, Nr. 3. Rudolst. Vorm.-O. v. 1818 §. 44.

3266) Oesterr. Gesetzb. §. 247. Preuß. Landr. II, 18, §. 728—735. Nach dem Code civil art. 477. 479—484. 487. hat der Familienrath das Recht, den Mündel, wenn er 18 Jahre alt ist, zu emancipiren, wodurch derselbe aber nur für Handelsgeschäfte und solche Geschäfte, welche der tuteur ohne den Familienrath besorgen kann, selbstständig wird; im übrigen ist ihm ein dem Familienrathe untergegebener curateur beizuordnen.

3267) Ein Alter von 18 Jahren bei beiden Geschlechtern verlangen die kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 19, §. 3, Altenb. Vorm.-O. §. 32; 20 Jahre bei beiden Geschlechtern das österreich. Gesetzb. §. 252; 22 Jahre die Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 82.

wie im römischen Rechte. Die Fähigkeit zur Führung einer Vormundschaft wird nach der gemeinen Meinung dadurch nicht ertheilt, und diese Meinung ist auch hier und da in die Gesetzgebung übergegangen [3268]). Manche Particularrechte aber legen der Mündigsprechung ganz gleiche Wirkungen mit der wirklich erreichten Volljährigkeit bei [3269]) oder verlangen doch, daß eine Beschränkung des Mündiggesprochenen rücksichtlich der Veräußerung und Verpfändung von Immobilien der Mündigsprechung ausdrücklich beigefügt und auf das Grundstück selbst eingetragen werden muß [3270]). — Eine Ausdehnung der Altersvormundschaft über die Volljährigkeit hinaus ist gemeinrechtlich nicht zulässig. Im Particularrechte kommt es aber bisweilen vor, daß entweder der Vater oder auch die Obervormundschaftsbehörde unter Umständen die Fortdauer der Altersvormundschaft noch auf eine gewisse Zeit bestimmen kann [3271]). — Nach dem älteren teutschen Rechte war auch die Verheurathung des Mündels eine Beendigungsart der Altersvormundschaft. Sie ist dies an vielen Orten ungeachtet des entgegenstehenden römischen Rechtes noch jetzt. Denn theils gelten viele der älteren dies aussprechenden Rechtsquellen noch jetzt, theils ist dies auch in neueren Gesetzen ausdrücklich anerkannt [3272]). Nach anderen neüeren Gesetzen hebt die Verheurathung des Mündels die Vormundschaft nicht auf [3273]), oder nach den meisten hat sie nur bei dem weiblichen Mündel diese Wirkung [3274]) und nach manchen nur dann, wenn irgend eine Art des teutschen ehelichen Güterrechtes unter den Ehegatten stattfindet [3275]). Unter diesen Umständen entsteht die Frage, was in dieser Beziehung heutzutage als die gemeinrechtliche Regel zu betrachten sei. Die gemeine Meinung betrachtet als solche den Grundsatz des römischen Rechtes, behauptet also die Fortdauer der Altersvormundschaft nach der Verheurathung sowohl des männlichen als des weiblichen Mündels. Dagegen betrachtet Kraut gerade umgekehrt den Grundsatz, daß bei beiden Geschlechtern durch die

---

3268) Z. B. Cod. Maxim. Bavar. I. 7. §. 36. nr. 7.

3269) Oesterr. Gesetzb. §. 252.

3270) Preuß. Landr. II, 18, § 724, 725.

3271) Oesterr. Gesetzb. §. 251. Preuß. Landr. II, 18, §. 697, 698. Altenb. Vorm.-O. §. 32.

3272) Z. B. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 34. So auch das Zürich. Vorm.-Ges. v. 1841 §. 95 und andere von Mittermaier, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 16, S. 228, N. 101 angeführte schweizer. Gesetze. Code civil art. 476.

3273) Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 23. Altenb. Vorm.-O. §. 33. Preuß. Landr. II, 18, §. 736 flg. II, 2, §. 229. Oesterr. Gesetzb. §. 260. Kurhess. Verordn. v. 28. December 1816 §. 90. Public. der Regierung zu Weimar v. 29. November 1821.

3274) Z. B. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 81. Hamburg. Vorm.-O. v. 1831 Art. 63. Reyscher, würtemb. Privatr. Bd. 1, §. 169. Falck, schlesw.-holst. Privatr. Bd. 4, §. 20, N. 50. Paulsen, schlesw.-holst. Privatr. §. 170.

3275) Z. B. in Oldenburg nach einer Regierungsbekanntm. v. 18. Octbr. 1799; in Mecklenburg nach v. Kamptz, mecklenburg. Civilr. Th. 2, §. 206, Nr. XVII.

Verheurathung des Mündels die Altersvormundschaft aufhöre, als die gemeinrechtliche Regel. Seine Gründe sind wichtig genug, um gegründete Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Meinung zu erregen[3276]). Zwar könnte es scheinen, als ob in Folge der Vorschrift der Reichspolizeiordnungen, daß die Pupillen und minderjährigen Kinder jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder haben sollen, der von der gemeinen Meinung angenommene Grundsatz unbedingt als der gemeinrechtliche zu betrachten sei. Allein eine nähere Prüfung des Grundes, aus welchem das ältere teutsche Recht die Altersvormundschaft mit der Verheurathung des Mündels aufhören läßt, führt zu einem anderen Resultate. Dieser Grund war aber ein anderer bei dem männlichen als bei dem weiblichen Geschlechte. Bei dem männlichen scheint er darin zu liegen, daß in der Einwilligung des Vaters oder, wenn dieser nicht mehr lebte, des sonstigen Vormundes und des Familienrathes in die Verheurathung eines unmündigen Jünglinges eine Mündigsprechung enthalten war. Dies wird umsomehr erklärlich, wenn man erwägt, daß in älterer Zeit die Mündigkeit weit früher eintrat als später, und daß es daher, nachdem der Mündigkeitstermin weiter hinausgeschoben war, nicht bedenklich sein konnte, der Familie zu gestatten, eine Person, die den älteren Termin erreicht hatte, für mündig zu erklären, umsoweniger als sehr wichtige Wirkungen der Ehe davon abhingen, daß der Ehemann die Vormundschaft über seine Frau führte, und ein noch unter Altersvormundschaft stehender Ehemann die eheliche Vormundschaft entweder gar nicht hätte bekommen oder doch ihre Ausübung einem Anderen hätte überlassen müssen. In der älteren Zeit, wo der Familie unzweifelhaft das Recht der Mündigsprechung zustand, war es aber gewiß nicht erforderlich, daß sie bei Ertheilung der Einwilligung in die Ehe den Unmündigen zugleich ausdrücklich für mündig erklärte; vielmehr verstand er dieses von selbst. Es galt also der Grundsatz, daß alle verheuratheten Mannspersonen schon als solche ohne weiteres von der Altersvormundschaft frei seien. Dieser Grundsatz kann sich durch Gewohnheitsrecht erhalten haben und er hat sich an vielen Orten Teutschlands erhalten. Er wird von Kraut als der gemeinrechtliche betrachtet und wir tragen kein Bedenken, ihm beizutreten. Bei dem weiblichen Geschlechte liegt der Grund der Aufhebung der Altersvormundschaft durch die Verheurathung der Mündelin darin, daß die Frau nach älterem teutschen Rechte immer unter die Vormundschaft ihres Ehemannes kam, mit welcher die Fortdauer der Altersvormundschaft unverträglich war. Ebenso steht es auch noch heutzutage, wo eheliche Vormundschaft gilt oder auch nur das ältere teutsche eheliche Güterrecht in irgend einer Form besteht, weil hier die Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auf das Vermögen der Frau im wesentlichen erhalten haben und die Altersvormundschaft über sie sich auch nur hierauf beziehen kann. Manche

---

3276) S. Kraut Bd. 2, S. 175 flg.

wollen zwar ihre Ansicht, daß auch in diesen Fällen die Altersvormundschaft über die Ehefrau bis zur Volljährigkeit derselben fortbestehe, mit den Rechten des Mannes dadurch in Einklang bringen, daß sie dem Manne zwar den Nießbrauch am eheweiblichen Vermögen zugestehen, dem Altersvormunde aber dessen Verwaltung überlassen[3277]. Allein damit werden offenbar die Befugnisse gänzlich verkannt, welche nach dem teutschen Rechte dem Ehemanne über die Frau und deren Vermögen zustehen, und auch die Praxis hat sich diesem nicht allgemein angeschlossen[3278]. Jetzt, wo die eheliche Vormundschaft kein Institut des gemeinen Rechtes mehr ist, könnte aus diesem Punkte die Behauptung begründet erscheinen, daß heutzutage bei dem weiblichen Geschlechte die Altersvormundschaft durch die Verheurathung nicht aufhöre. Allein der entgegengesetzte Grundsatz hat sich als ein für sich bestehender selbstständiger ohne Rücksicht auf seinen ursprünglichen Grund einmal so im Gewohnheitsrechte festgesetzt, daß lange Zeit Niemand behauptet hat, daß da, wo keine eheliche Vormundschaft mehr gelte, die erwähnte Vorschrift der Reichspolizeiordnungen auf vor dem gesetzlichen Mündigkeitstermine verheurathete Frauenspersonen angewendet werden müsse, und auch in keinem Particularrechte, außer in den neuesten Gesetzgebungen, ist dies geschehen. Auch ist es offenbar inconsequent, wenn fast allgemein angenommen wird, daß heutzutage durch die Verehelichung der Tochter, ganz abgesehen davon, ob sie dadurch unter die Vormundschaft ihres Ehemannes kommt oder nicht, die vormundschaftlichen Rechte des Vaters oder die heutige väterliche Gewalt über sie beendigt werden, und man nicht dasselbe auch in Bezug auf die gewöhnliche Altersvormundschaft zugeben will[3279]. Es steht daher noch heutzutage gemeinrechtlich ebenso bei den Frauenspersonen wie bei den Männern, daß auch bei ihnen durch die Verheurathung die Altersvormundschaft stets aufgehoben wird. Betrachtet man endlich die Sache aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, so sind auch von dieser Seite die Gründe für Beibehaltung des älteren Rechtes überwiegend. Zuvörderst ist nämlich die Ehe nach unseren germanisch-christlichen Ansichten ein so zartes, blos auf den Kreis der beiden Ehegatten berechnetes Verhältniß, daß jede Einmischung Dritter darin als störend erscheinen muß. Die Achtung der Frau vor ihrem Manne muß leiden, wenn er nichts Wichtiges ohne Einwilligung seines Vormundes vornehmen oder dieser ihn wegen seinen Handlungen zur Rechenschaft ziehen kann. Ebenso ist es verletzend für den Ehemann und störend für die ihm zukommende Herrschaft im Hause, wenn er als

---

3277) Berger, Oecon. iur. L. I. Tit. 7. not. 5. Elect. Discept. for. p. 289.

3278) Auerbach (praes. Dinckler), diss. de cura aetatis nuptiis feminae minor annis extincta (Lips. 1727.) §. 27 sq. Wiesand, Opusc. Spec. 6. §. 5. De marito a curatore uxoris minoris bona dotalia atque paraphernalia recte petente.

3279) Wie dies z. B. geschieht in v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 7, S. 364. Zu welchen Inconsequenzen dies führe, zeigt Kraut §. 59, N. 40, Bd. 2, S. 181.

der natürlichste Vertreter seiner Frau deren Vertretung einem Anderen überlassen und in Sachen, deren Abmachung nur den beiden Ehegatten gehört, einem dritten, ihm und seiner Frau oft ganz fremden Manne eine Einwirkung gestatten muß. Solches zu vermeiden ist die Aufgabe jeder Gesetzgebung. Ferner ist es bei allen Ehegatten, welche ihr Vermögen zu ihrer Ernährung gebrauchen müssen, für ihren Erwerb sehr nachtheilig, wenn einer von ihnen oder gar beide noch unter Vormundschaft stehen und sie dadurch in den Verfügungen über ihr Vermögen oder gar in dessen Verwaltung im höchsten Grade gehemmt sind. Dies gilt ebensogut in Ansehung des Vermögens, wie rücksichtlich desjenigen des Ehemannes; denn es mag nun Gütergemeinschaft unter ihnen bestehen oder nicht, so findet sich überall, wo alte Sitte und germanische Bedeutung der Ehe sich noch nicht verloren haben, daß bei Ehegatten der bezeichneten Art die Frau ihr Vermögen zu den Kosten und Lasten des Ehestandes mit hergiebt, und daß es dem Gefühle beider Ehegatten widerstrebt, wenn der Ehemann bei Verwaltung und Verwendung des eheweiblichen Vermögens noch durch etwas Anderes gebunden sein soll, als durch die auf die Frau zu nehmenden Rücksichten. Dies haben auch zum Theil diejenigen neueren Gesetzgeber gefühlt, welche durch die Verheurathung des Mündels die Altersvormundschaft nicht aufhören lassen[3280]. — Unter den Beendigungsarten der Altersvormundschaft blos für den jetzigen Vormund hat allein die Absetzung und Entfernung desselben wegen dolus oder lata culpa in Teutschland etwas Eigenthümliches. Die jetzt darüber geltenden Grundsätze sind bereits in Abschn. V. Abth. 5. B. dargestellt worden. — Endlich kommen in Teutschland auch noch mehrere Fälle vor, wo, bei Fortdauer der Vormundschaft selbst, die vormundschaftliche Verwaltung und unmittelbare Sorge des Vormundes für die Person des Mündels aufhört. Solche Fälle sind: wenn die überlebende Mutter des Mündels wieder heurathet und mit dem neuen Ehegatten eine Einkindschaft errichtet oder auch die angehenden Eheleute das ganze Vermögen gegen die Verpflichtung, für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder zu sorgen und denselben ihre Kindestheile zu gewissen Terminen oder bei erlangter Volljährigkeit herauszugeben, übernehmen; ferner, wenn bei Bauergütern die mitbemeierte Stiefmutter die Bewirthschaftung auf gewisse Jahre behalten soll; endlich, wenn der Stiefvater oder ein Dritter als Interimswirth die Stelle auf gewisse Verlaß- oder Mahljahre übernimmt[3281]. Die Fortdauer

3280) So enthält z. B. das preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 737—806 eine Menge Vorschriften, durch welche die Fortdauer der Altersvormundschaft mit den Forderungen, welche das eheliche Leben macht, ausgeglichen werden soll. Vgl. auch kgl. sächs. Vorm.=O. Cap. 23, §. 2—10. Wenn man aber diese Vorschriften betrachtet, so kommt man zu der Ueberzeugung, daß ein so verwickelter Zustand weder als ein natürlicher, noch als ein wünschenswerther betrachtet werden kann. S. darüber Kraut §. 59, N. 46, Bd. 2, S. 185.

3281) Pufendorf, Observ. iur. univ. T. I. obs. 200. §. 26. Runde, Lehre von der Interimswirthschaft S. 69. Kraut Bd. 2, S. 187 flg.

der Vormundschaft zeigt sich in diesen Fällen darin wirksam, daß die Vormünder darauf zu achten haben, daß die Rechte ihrer Mündel und die ihnen geleistete Sicherheit nicht gefährdet werden; ferner darin, daß die kraft solcher Verträge zur Sorge für die Person des Mündels Verpflichteten dieser Verbindlichkeit treulich nachkommen; endlich darin, daß der Vormund das dem Stief-parens nicht mit überlassene Vermögen des Mündels zu verwalten hat [3282]). — Was insbesondre die Beendigungsarten der Geschlechtsvormundschaft über unverheurathete Frauenspersonen betrifft, so ist ihr nur eigenthümlich die Beendigung durch einseitige Aufkündigung, sowohl von Seiten des Vormundes als auch der Curandin, welche fast überall zu jeder Zeit zulässig ist. — Die eheliche Vormundschaft hört selbstverständlich mit dem Tode eines der beiden Ehegatten auf. Auch wenn die Ehe bei Lebzeiten beider Ehegatten die Aufhebung der Ehe erfolgt, erlischt die eheliche Vormundschaft. Außer Zweifel ist dies bei den Protestanten, wenn eine eigentliche Ehescheidung erfolgt. Aber auch die nur bei den Katholiken vorkommende beständige Trennung von Tisch und Bett muß das Aufhören der ehelichen Vormundschaft bewirken, da auch sie in den Beziehungen des bürgerlichen Lebens in der That die Ehe selbst auflöst und das als fortdauernd angenommene Eheband lediglich der religiösen oder sittlichen Vorstellung angehört. Außer in den bisher erwähnten Fällen, wo das Aufhören der ehelichen Vormundschaft eine Folge der Auflösung der Ehe selbst ist, muß sie auch dann immer aufhören, wenn der Mann unfähig wird, überhaupt eine Vormundschaft zu führen oder gar selbst eines Vormundes bedarf. Dies gilt namentlich von dem Falle, wenn er wahnsinnig oder so alt oder so schwach wird, daß er selbst einen Vormund nöthig hat. Dagegen war die Verschwendung des Mannes ursprünglich gewiß kein Grund, ihm die Vormundschaft über die Frau zu entziehen. Keine ältere Rechtsquelle spricht davon, und es kommt hinzu, daß im Sachsenspiegel, wo dieser von einer Absetzung des Geschlechtsvormundes aus dem Grunde, weil er seiner Pflegebefohlenen ihr Gut entzogen habe, spricht, ausdrücklich nur von Geschlechtsvormündern, von Witwen und Jungfrauen die Rede ist [3283]), wodurch mittelbar ausgesprochen wird, daß dem Ehemanne aus diesem Grunde die Vormundschaft über die Frau und deren Vermögen nicht entzogen werden könne [3284]). Anders steht es nach dem Rechte des Schwabenspiegels [3285]). Nach der in der Note angeführten Stelle ist die Frau, wenn sie Gefahr läuft, daß der Mann ihr Vermögen durch-

---

3282) Ueber das Weitere vgl. Kraut Bd. 2, S. 188 flg.

3283) Sächs. Landr. B. 1, Art. 41 u. 44.

3284) Dieser Ansicht sind Hasse, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 4, S. 91. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 494, N. 118. Kraut Bd. 2, S. 565.

3285) Schwabensp. 60. (v. d. Lahr nach Cap. 313.) Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 565.

bringen werde, nicht nur zum Widerspruche berechtigt, sondern sie kann auch mit Beistand eines von ihr dazu besonders erwählten Vormundes gegen den Mann gerichtlich klagen, und wenn sie einen solchen Lebenswandel desselben beweisen kann, daß ihr Gut bei ihm gefährdet ist, so soll der Richter ihrem Vormunde gestatten, sich mit Hilfe des Gerichtsboten ihres Gutes zu unterwinden. Thut ihr später Jemand ein Leid an ihrem Gute, so soll dies als Friedensbruch angesehen und er deshalb bestraft werden. Dieser Grundsatz des Schwabenspiegels ist nicht nur in mehrere auf das Recht desselben gebaute, sondern sogar in einige Quellen sächsischen Rechtes übergegangen [3286]). Die Wirkungen des gedachten Verfahrens kommen hier nur rücksichtlich des Einflusses desselben auf die Vormundschaft des Mannes über die Frau und deren Vermögen in Betracht. Zu der Annahme, daß in Folge desselben seine Vormundschaft über die Person der Ehefrau aufhöre, ist kein Grund vorhanden. Dagegen ist wohl mit Kraut die Beendigung seiner Vormundschaft über das Vermögen der Frau anzunehmen. Zuvörderst verliert er wohl ohne Zweifel durch jenes Verfahren die ihm vermöge seiner Vormundschaft an dem Vermögen seiner Frau zustehende Gewere, deren Entziehung ja dasselbe eigentlich bezweckt. Wenn es in der Stelle des Schwabenspiegels heißt, daß derjenige, welcher der Frau später ein Leid an ihrem Gute thut, als Friedensbrecher bestraft werden solle, und dabei ohne Zweifel an zu befürchtende Eingriffe des Mannes zu denken ist, so könnte man hieraus schließen wollen, daß die Frau nun selbst den alleinigen Besitz und die Verwaltung ihres dem Manne entzogenen Vermögens erhalte. Dann wäre aber schlecht für die Frau gesorgt, da unter jener Voraussetzung eine unrechtmäßige Einwirkung des Mannes auf ihr Vermögen immer noch möglich ist, von welcher selbst die Gefahr, als Friedensbrecher behandelt zu werden, einen ausgemachten Verschwender nicht abhalten würde. Es wird aber auch ausdrücklich gesagt, daß sich der von der Frau erwählte Vormund ihres Gutes unterwinden solle, und man muß daraus, daß nirgends der Herausgabe desselben an die Frau von Seiten des Vormundes gedacht wird, schließen, daß der Vormund es in Besitz und Verwaltung behalte, zumal in der in der Note angeführten Stelle der sächsischen Distinctionen am Schlusse es ausdrücklich heißt, daß er der Frau hinsichtlich ihres Gutes vorzustehen habe. Hierin liegt zugleich, daß ferner der Ehemann auch die in der ehelichen Vormundschaft liegende gerichtliche Vertretung der Frau in Ansehung

---

3286) Zu den Quellen der ersteren Klasse gehört namentlich das bayer. Landr. Tit. 11, §. 9. Diese Stelle ist aufgenommen in die Freysinger Statuten v. 1359 (bei Freyberg S. 187) Art. Von ainem ungeratten man, hat aber darin noch einen Zusatz erhalten. Unter den Quellen des sächsischen Rechtes geben das alte Culm. Recht §. 58 und die sächs. Distinctionen von Pölman V, 6, 12 die in der vorigen Note angeführte Stelle des Schwabenspiegels fast wörtlich wieder. Die Stellen sind mit Ausnahme der des alten Culm. Rechtes abgedruckt bei Kraut §. 101, N. 6, Bd. 2, S. 566 flg.

des ihm entzogenen Vermögens verlor und daß dieselbe auf den gewählten Vormund überging. Hatte die Frau aber überhaupt einen anderen Vormund als ihn, so konnte auch von einem ihm kraft der ehelichen Vormundschaft zustehenden Rechte, zu fordern, daß die Frau ohne seine Zustimmung von ihrem Vermögen nichts veräußere und keine Schulden darauf mache, nicht mehr die Rede sein. Da hiermit die in der ehelichen Vormundschaft liegenden Rechte über das eheweibliche Vermögen erschöpft sind, so hatte das erwähnte Verfahren überhaupt das Aufhören derselben hinsichtlich des Vermögens der Frau zur Folge. — Heutzutage muß das Recht der Frau, wegen Verschwendung des Mannes ihm die Verwaltung ihres Gutes zu entziehen, nach den jetzt über Prodigalitätserklärung geltenden Grundsätzen als gemeinrechtliche Regel betrachtet werden. Kraut[3287]) will nun diesem Rechte der Frau nach gemeinem Rechte auch keine anderen Wirkungen beilegen, als in der allgemeinen Befugniß, auf Prodigalitätserklärung anzutragen, liegen, d. h. die Frau soll nur verlangen können, daß der Mann überhaupt zur Vermögensverwaltung für unfähig erklärt, also ihm sowohl die Verwaltung seines als auch ihres Vermögens oder, wo beides noch innerlich ein Gesammtgut bildet, die Verwaltung desselben entzogen und eine besondere Verwaltung darüber angeordnet werde. Die künftige Verwaltung soll nach Kraut jedem übertragen werden können, welcher überhaupt zur Führung einer cura bonorum fähig ist, also da, wo Frauenspersonen dazu fähig sind, auch der Frau selbst[3288]). Dagegen halten Kraut und Andere[3289]) eine Trennung des Vermögens der Frau von dem des Mannes und die Anordnung einer besonderen Verwaltung über das Erstere nur in Folge ausdrücklicher particularrechtlicher Vorschrift für zulässig, da dies mehr sei, als eine gewöhnliche Prodigalitätserklärung mit sich bringt. Dagegen müssen wir uns mit Anderen[3290]) für die Trennung des beiderseitigen Vermögens und die Zurückgabe des Vermögens der Ehefrau an dieselbe zur eigenen Verwaltung erklären. Einmal liegt für die volljährige Ehefrau eine nicht zu rechtfertigende Herabsetzung darin, wenn sie, nachdem ihrem ehelichen Vormunde die Verwaltungs- und Dispositionsbefugniß entzogen ist, unter die Abhängigkeit eines Anderen gestellt ist, der da, wo keine Geschlechtsvormundschaft mehr existirt, weder als Geschlechtsvormund, noch, da die Frau volljährig ist, als Altersvormund betrachtet werden kann; die Prodigalitätserklärung des Mannes würde mit Unrecht auch auf die

3287) Kraut Bd. 2, S. 570.

3288) So z. B. Brem. Vorm.-O. v. 1826 §. 110. Nach der Lipp. Gütergemeinschaftsordn. v. 1786 §. 10 soll immer der Frau die dem Manne sonst zustehende Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens übertragen werden.

3289) Z. B. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 494 flg. Deiters, die ehel. Gütergemeinschaft S. 215 flg.

3290) Runde, teutsches ehel. Güterrecht S. 225. S. auch Heimbach, Erörter. Bd. 1, Nr. XXVIII, S. 130 flg.

Frau erstreckt und deren Unfähigkeit zur Verwaltung ihres eigenen Vermögens dadurch ausgesprochen werden, wozu nicht der mindeste Grund vorliegt. Dann ist ja schon nach den älteren Rechtsquellen die Frau im Falle längerer Abwesenheit oder des Wahnsinnes des Mannes, wenn nicht dafür gesorgt ist, daß sie gehörig leben und überhaupt den Haushalt führen kann, sogar zu Dispositionen über das Gesammtgut, selbst zu Veräußerungen des Vermögens des Mannes berechtigt[3291]), und hieraus wäre man wohl berechtigt zu schließen, daß im Falle einer Prodigalitätserklärung des Mannes sogar die Verwaltung über das Gesammtgut ihr zustehe. Endlich sind das Recht der ehelichen Vormundschaft und die damit zusammenhängenden Befugnisse des Mannes an dem eheweiblichen Vermögen wesentlich an die Person des Ehemannes geknüpft und an Dritte nicht übertragbar, daher das Natürlichste ist, daß im Falle der Unfähigkeit des Ehemannes zur Ausübung seiner Rechte die Frau die Verfügung über ihr Vermögen zurück erhält. Ueber die Frage, ob die Frau bei entstandenem Concurse zum Vermögen ihres Ehemannes die Herausgabe ihres Vermögens verlangen könne, ist auf die Ausführungen Anderer zu verweisen[3292]).

Heimbach sen.

3291) Vgl. Kraut Bd. 2, S. 441 flg.

3292) Vgl. Runde a. a. O. S. 224 und in Bezug auf den ehemännlichen Nießbrauch S. 116 flg. Kraut Bd. 2, S. 570—572.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.